Der
Übergang der Gefahr
bei Gattungsschulden
nach Bürgerlichem Gesetzbuch unter Berücksichtigung
des
Römischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

H. Donner,
Kammergerichts-Referendar.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0108

Litteratur-Verzeichnis.

Baron, Pandekten 8. Aufl.

Bekker, Zur Lehre vom Genuskauf in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts, Bd. V.

Berndorff, Die Gattungsschuld.

Böninger, Die Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrtragung beim Werkvertrage des gemeinen und des bürgerlichen Rechts.

Bolze, Über den Zufall bei der Werkverdingung im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 59.

Brandis, Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung.

Bredt, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage.

Brinz, Pandekten, II. Aufl.

Buchholtz, Einstehen für den Zufall beim Werkvertrage in Lindes Zeitschrift N. F., Bd. 8.

Buchka, Das gemeine Recht und das BGB., III. Aufl.

Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Aufl.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte.

Dankwardt, Locatio conductio operis in Iherings Jahrbch., Bd. 13.

Dernburg, Pandekten V. Aufl.

Dernburg, Preußisches Privatrecht, V. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht.

Donner, Depositum irregulare.

Eck, Der Gattungskauf in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, VI. Aufl.

Engelmann, Das alte und neue bürgerliche Recht.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes.

Flatau, Über das Tragen der Gefahr beim Genuskaufe.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, VII. Aufl.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, II. Aufl.

Fuchs, Zur Lehre vom Periculum bei Obligationen im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 34.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 17.

Goldmann und Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch.

Goldschmidt, Zeitschrift des Handelsrechts, Bd. III.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, III. Aufl.

Goose, Die Lehre vom Casus in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 9.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch mit Motiven usw.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für Beschaffenheit der Ware.

Hartmann, Die Obligationen.

Haver, Die Gattungsschuld.

Heyer, Beiträge zur Lehre vom Kauf in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß N. F., Bd. 15.

Heiliger, Die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen.

Hoffmann, Periculum beim Kaufe.

Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt in seinen Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. IV.

Karlowa, In Grünhuts Zeitschrift, Bd. 16.

Koch, Geld- u. Wertpapiere.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 17.

Kuhlenbeck, Kommentar zum BGB.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.

Laband, Zum zweiten Buche des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 37.

Leske, BGB. und ALR. I. u. II. Aufl.

Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen.

Matthiaß, Lehrbuch des BGB.

Meißner, Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum 2. Buch des BGB.

Momsen, Beiträge zum Obligationenrecht.

Mühlhäuser, Über Umfang und Geltung des Depositum irregulare.

Neumann, Litteratur zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches in Gruchots Beiträgen, Bd. 33.

Niemeyer, Depositum irregulare.

Oertmann, Kommentar zum BGB.

Oertmann, Zufall beim Werkvertrage in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 24.

Planck, Kommentar zum BGB.

Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse.

Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskaufe im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 49.

Regelsberger, Tragung der Gefahr beim Kaufvertrage in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 13.

v. Savigny, Obligationsrecht, Bd. 1.

Schmauser, Zufall bei der Werkverdingung.

Schmitz, Beiträge zur Lehre vom Genuskaufe.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

Schollmeyer, Kommentar zum BGB.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, III. Aufl.

Skoln y-Caro, Kommentar zum BGB.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse usw.

Staudinger, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.

Stintzing, Necessario sciendum est quando perfecta sit emtio in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 10.

Strohal, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 23.

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts IV. u. V. Aufl.

Ubbelode, Im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 85.

Vangerow, Pandekten, VII. Aufl.

Wächter, Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 15.

Windscheid, Pandekten, VII. Aufl.

Wirsel, Der Zufall beim Kaufe.

Die obigen Schriftsteller sind in der Abhandlung, soweit tunlich, nur mit dem Namen zitiert.

Inhalts-Verzeichnis.

A. Allgemeiner Teil.

		Seite
§ 1.	I. Begriff und Wesen der Gattungsschuld	11
§ 2.	II. Gefahr, Gefahrtragung und Gefahrübergang	23
	III. Voraussetzungen des Gefahrüberganges	
§ 3.	a. nach den gemeinrechtlichen Theorien	30
	b. nach BGB.	
§ 4.	1. Leistung gemäß § 243, Abs. 2	39
§ 5.	2. Annahmeverzug	50
§ 6.	3. Parteiabrede	54
§ 7.	4. Nachträgliche Gefahrerhöhung .	55
	IV. Anhang.	
§ 8.	1. Wahlbefugnis des Gläubigers oder eines Dritten	58
§ 9.	2. Jus variandi	60
§ 10.	3. Verhältnis der Konzentration zur Individualisierung.	65
§ 11.	V. Zusammenfassung	68

B. Besonderer Teil.

§ 12.	1. Kauf	70
§ 13.	2. Schenkungsversprechen . . .	82

§ 14.	3. Irreguläre Sachmiete und Pacht	84
§ 15.	4. Darlehen	87
§ 16.	5. Darlehensversprechen	93
§ 17.	6. Werklieferungsvertrag. . . .	94
§ 18.	7. Depositum irregulare . . .	106
§ 19.	8. Pignus irregulare.	108
§ 20.	9. Uneigentlicher Nießbrauch . .	109
§ 21.	10. Gattungsvermächtnis	110

§ 1.

I. Begriff und Wesen der Gattungsschuld.

Der Leistungsgegenstand eines Schuldverhältnisses kann in verschiedener Weise bestimmt sein. Einmal ist es möglich, daß derselbe nach seinen individuellen Eigenschaften bezeichnet ist in der Art, daß die Parteien eine genaue Vorstellung von ihm als Individuum haben. (Es verkauft z. B. ein Maler ein bestimmtes von ihm hergestelltes Bild.) In diesem Falle wird also eine bestimmte Species geschuldet, es liegt eine sogenannte Speciesschuld vor.

Den Gegensatz hierzu bilden diejenigen Schuldverhältnisse, bei deren Begründung nur angegeben wird, welcher Gattung, Art oder Klasse der zu leistende Gegenstand angehören soll, die sogenannten Genus- oder Gattungsschulden.[1]

Sowohl bei der Speciesschuld wie bei der Gattungsschuld können die Leistungsgegenstände bestehen in Sachen (körperlichen Gegenständen) oder Rechten, oder auszuführenden Arbeiten.[2]

---

1) l. 54. D. de V. O. 45, 1.: In stipulationibus alias species alias genera deducuntur; cfr. l. 9 D. de aur. arg. 34, 2; l. 2 § 1. D. de R. C. 12, 1; l. 51. D. de leg. I; l. 30 pr, l. 34. §§ 3, 4, 5 ibid.

2) l. 54. § 1. D. de V. O. 45, 1. So Windscheid: § 255 Note 16; Schollmeyer: zu § 243; Mayring: zu § 243 Nr. 1; Scolny Caro zu § 243 Nr. 1; Haber: §§ 2 u. 3.

Anderer Ansicht ist allerdings Oertmann,[1] der es für bedenklich hält, von generisch bestimmten Dienstleistungen zu sprechen.

Indessen mit Unrecht.

Warum sollte sich ein Arbeiter nicht ganz allgemein zur Leistung von nur der Art nach bestimmten Diensten verpflichten können?

Dadurch, daß die Person, welche die betreffenden Arbeiten entweder selbst oder durch ihre Angestellten leisten soll, in der Regel bestimmt ist, ist das Vorliegen einer Gattungsschuld bezüglich der zu leistenden Arbeiten nicht ausgeschlossen.

Dagegen ist es unzutreffend, wenn Schollmeyer[2] dann eine Gattungsschuld annimmt, wenn die Person, welche die Arbeiten zu leisten hat, unbestimmt gelassen ist.

In der Regel allerdings werden Sachen den Gegenstand generischer Obligationen bilden.

Wie die Motive[3] bemerken, sind Schuldverhältnisse, deren Gegenstand eine generisch bestimmte Dienstleistung bildet, so eigentümlicher Art, daß sie sich nicht unter allgemeinen Regeln subsumieren lassen; deshalb spricht auch das BGB. in dem die Gattungsschuld behandelnden § 243 nur von der generischen Sachobligation.

Die Beurteilung der Schuldverhältnisse, die auf generisch bestimmte Dienstleistungen gehen, muß aus dem konkreten Falle hergeleitet werden, wobei man aber die Grundsätze der generischen Sachobligation soweit als möglich anzuwenden haben wird.[4]

1) Oertmann: zu § 243 Nr. 1.
2) Schollmeyer: a. a. O.
3) Motive II S. 10. 11.
4) Berndorff: S. 7.

In der ferneren Darstellung sollen daher auch derartige Obligationen unberücksichtigt bleiben, und es sollen nur die Gattungsschuldverhältnisse behandelt werden, deren Gegenstand eine generisch bestimmte Sachleistung bildet

Für den Begriff der Gattungsschuld ist es gleichgültig, ob die zu leistenden Sachen vertretbar sind, oder nicht.[1]

Meistens werden vertretbare Sachen generisch geschuldet werden. Doch decken sich die Begriffe der generischen Bestimmung und der Vertretbarkeit nicht.

Ob die Parteien eine Sache individuell oder generisch bezeichnen wollen, ist völlig ihrem Belieben anheim gestellt, die Vertretbarkeit dagegen ist eine objektive Eigenschaft der Sache, ein Produkt des Rechtsverkehrs, wie die generische Bestimmung ein Produkt des Parteiwillens ist.[2] Ob eine Sache als vertretbar gilt, oder nicht, darüber entscheidet die von der Rechtsordnung gebilligte Verkehrsanschauung, von der die Parteien nicht abgehen können.

Wie Jhering[3] hervorhebt, bezeichnet der Gegensatz zwischen generischer und specifischer Bestimmung keinen Gegensatz der Sachen selbst, keine objektive Verschiedenheit derselben, sondern eine Verschiedenheit in der subjektiven Bestimmungs- oder Bezeichnungsweise, der praktischen Behandlungsweise derselben.[4]

---

1) So Schollmeyer: zu § 243 Nr. 1; Berndorff S. 1 u. 2; Planck: zu § 243 Nr. 1; Haver: S. 14 Abs. 3; Flatau: S. 13; l. 12. § 7 D. quando dies leg. 36, 2.

2) Flatau: ibid.

3) Jhering: Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 400 ff.

4) Ebenso: Endemann Bd. S. 513, Anm. 6; Planck: zu § 243; Staudinger: zu § 243; Haver: S. 8; Dernburg: Pand. § 25 Nr. 4; Windscheid: § 255 Nr. 21.

Die gegenteilige Ansicht Heyer's[1] ist bereits von Ihering[2] als unrichtig nachgewiesen worden.

Das Römische Recht scheint allerdings zunächst davon ausgegangen zu sein, daß Gattungsschulden nur an vertretbaren Sachen möglich seien.

Wir verweisen in dieser Beziehung auf die zutreffende Darstellung bei Haver.[3]

Ohne Bedeutung für den speciellen oder generischen Charakter eines Schuldverhältnisses ist es ferner, ob eine bereits vorhandene Sache oder eine zukünftige, auch eine erst herzustellende, geleistet werden soll. Auch zukünftige Sachen können nach Belieben der Parteien generisch oder speciell bestimmt werden.[4]

Der in der Litteratur oft erörterte Kauf eines Tierjungen im Mutterleibe ist als Specieskauf aufzufassen; denn Gegenstand des Kaufes ist das Junge, welches gerade ein bestimmtes von den Parteien bezeichnetes Muttertier werfen wird; seine Individualität steht daher von vornherein fest.

Dasselbe gilt von dem oft behandelten Kaufe einer bestimmten Ernte vor der Reife oder der von einem bestimmten Baume bis zu einer festgesetzten Zeit herabfallenden Früchte.

Die entgegengesetzte Meinung Heyer's,[5] der hier eine Genusobligation annimmt, ist mit Recht von der herrschenden Meinung verworfen worden.[6]

1) Heyer: S. 30.
2) Ihering a. a. O. S. 382 ff.
3) Haver: § 8.
4) So Schollmeyer: zu § 243 Note 3; Bernhoff: S. 6.
5) Heyer: S. 25 ff.
6) Ihering ibid.: S. 410; cfr. bes. zu dieser Frage die erschöpfende Darstellung bei Goldschmidts Hdbch. des Handelsrechts. Bd. II § 61 Nr. 30.

Der Rahmen, der die zur Leistung geeigneten Sachen umspannt, kann eine sehr verschiedene Ausdehnung besitzen, je nach der Zahl der Merkmale, die die zu leistende Sache in sich vereinigen soll.

Die beiden Grenzlinien, innerhalb deren er sich bewegen kann, ergeben sich aus dem Begriffe des Schuldverhältnisses, speciell des Gattungsschuldverhältnisses.

1. Es ist für das Bestehen jedes Schuldverhältnisses erforderlich, daß der Leistungsgegenstand bestimmt oder doch wenigstens bestimmbar ist.

Der I. Entwurf enthielt hierüber eine ausdrückliche Bestimmung im § 352.[1]

In das BGB. selbst ist dieser Paragraph nicht aufgenommen worden, da er sich ohnehin schon notwendig aus dem Begriffe des Schuldverhältnisses ergiebt [2]

Erforderlich ist zunächst, daß der generellen Bezeichnung der Sache die Angabe der Quantität beigefügt ist.

Ein gewisser Spielraum kann allerdings in dieser Hinsicht den Parteien gewährt sein.[3]

So kann es im Großhandel vorkommen, daß eine Quantität „circa" geschuldet wird. Es bestimmt sich dann die zulässige Abweichung aus der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses und der Verkehrssitte.

Dagegen schadet es nichts, wenn die Angabe der Qualität der zu leistenden Sachen unterblieben ist. Es greift alsdann die Auslegungsregel des § 243 Abs. 1 BGB.

---

1) Motive: S. 191.

2) So Dernburg: Pand. Bd. II S. 42; l. 94. D. de V. O. 54, 1.

3) cfr. hierzu: Regelsberger in Endemanns Hdbch. des Handelsrechts Bd. II S. 479, Anm. 30; Dernburg: BGB. S. 27 und die dort Zitierten; Endemann: BGB. Bd. I S. 513.

Platz, wonach im Zweifel Sachen von mittlerer Art und Güte zu leisten sind.

Außerdem bestimmt § 524 Abs. 2 speciell für die Schenkung, daß im Zweifel eine fehlerfreie Sache, § 2155 BGB. für das Vermächtnis, daß im Zweifel eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu liefern ist.

Das BGB. hat sich mit dieser Regelung an das alte Handelsgesetzbuch und an das Allgemeine Landrecht angeschlossen. [1]

Nach Römischem Rechte konnte der Schuldner im Zweifel die geringste Sache der vereinbarten Art leisten, vorausgesetzt, daß sie fehlerlos war. [2]

2. Die andere Grenze ist gegeben durch den Begriff der Gattung. [3]

Es liegt solange eine Gattungsschuld vor, als der zu leistende Gegenstand nicht individuell, sondern nur durch gewisse Merkmale bestimmt ist, die ihn einem bestimmten Kreise, einer Gattung einreihen.

Auf die Größe des Kreises kommt es hierbei nicht an. Wie Jhering [4] treffend sagt, ist die Gattung ein ganz elastischer Begriff, der weiter oder enger gegriffen werden kann. Ob der Leistungsgegenstand als „ein Pferd" oder als ein Pferd von bestimmten Eigenschaften bezeichnet ist, ist gleichgültig, es liegt in beiden Fällen eine Gattungsschuld vor. [5]

1) Altes Handelsgesetzbuch, Art. 335. A. L. R. I § 275.

2) l. 52. D. mandati 17, 1: Fideiussorem, si sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo; l. 72 § 5. D. de solut. 46, 3.

3) Ähnlich Berndorff: S. 12.

4) Jhering: a. a O. S. 105.

5) Ebenso Schollmeyer: zu § 243 Nr 1; ferner Flatau: S. 9.

Von einigen Juristen wird indessen hinsichtlich des generischen Charakters einer Obligation danach ein Unterschied gemacht, ob der Kreis, die Gattung, aus der der Leistungsgegenstand zu entnehmen ist, mehr oder weniger ausgedehnt ist.

Es handelt sich hierbei um die rechtliche Auffassung der sogenannten beschränkt- oder gemischt-generischen Obligationen, bei welchen ein nicht individuell bestimmtes Quantum oder eine nicht individuell bestimmte Sache aus einer bestimmten Menge oder Zahl geschuldet wird. Z. B. 10 Tonnen Petroleum aus einem genau bezeichneten Tank, oder ein Hengst aus einem bestimmten Stalle.

Da das BGB. über die Klassifikation derartiger Schuldverhältnisse keine Bestimmung enthält, so ist die in der gemeinrechtlichen Theorie bestehende Kontroverse noch immer aktuell.

Wie die meisten die Gattungsschuld betreffenden Streitfragen, so hat sich auch diese hauptsächlich im Anschluß an die Lehre vom Gattungskaufe entwickelt. Es sind hier drei Hauptansichten vorhanden.

Die Einen fassen eine derartige Obligation als eine alternative auf, andere als eine gewöhnliche Gattungsschuld, die Dritten sehen darin besonders geartete Schuldverhältnisse und stellen sie den rein-generischen gegenüber.

Bereits in den Quellen finden sich widersprechende Entscheidungen. Die in Betracht kommenden Stellen sind folgende:

l. 83 § 5. D. de V. O. 45,1 si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, ... non speciem, sed genus stipulari videmur. l. 72 § 4. D.

de solut. 46,3 (Marcellus): sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc, stipulatoris servi erant, dando promissor liberatur: vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant. fingamus ita stipulatum: hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes? cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse: num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio videamus. et magis est magis est deficere stipulationem, nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris.

In beiden Quellenstellen wird die gemischt-generische Obligation der rein-generischen gleichgestellt. Dieselbe Auffassung ergiebt sich auch aus l. 35. § 7. D de c. e. 18,2. l. 5. D. de per. 18,6. l. 2. pr. C. de per. 4,48.

Entgegengesetzter Ansicht ist Papinian in: l. 66 § 3. D. de leg. II.:

Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero legatarii factus est quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit: eademque ratio stipulationis est. hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cuius dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit.

Savigny[1] nimmt, wenn der Kreis, aus dem die Sache geleistet werden soll, anders als durch Gattungsmerkmale bestimmt ist (z. B. ein Pferd aus einem Gestüt), eine Alternativobligation an.

1) Savigny: Obligationenrecht I, § 38, Note 9, q. t.; ferner S. 406.

Mommsen[1] stimmt Savigny's Ansicht nicht bei, weil sie, obwohl durch innere Gründe gerechtfertigt, nicht mit den Quellen in Einklang zu bringen sei. Er subsummiert den Gattungskauf unter den bedingten Kauf, sicherlich mit Unrecht, denn fraglich ist beim Gattungskaufe nicht ob, sondern was geleistet werden soll.

Regelsberger[2] unterscheidet zwischen einem unbegrenzten (Thöl:[3] unübersehbaren) Genus und einem begrenzten (Thöl: übersehbaren).

Ähnlich stellt Becker[4] einander gegenüber die reingenerischen und die gemischt-generischen Obligationen.

Dernburg[5] sieht ebenfalls in derartigen Schuldverhältnissen keine Genusobligationen, sondern eine besonders geartete Form der Speciesschuld.

Hoffmann,[6] Ihering,[7] Windscheid[8] fassen diese Fälle als generische Obligationen auf.

Ihering[9] führt speciell aus, wie bereits oben erwähnt wurde, daß der Begriff des Genus ganz elastisch sei, und daß selbst die drei oder zwei Pferde des Testators, von denen er eins zum Gegenstande eines Vermächtnisses macht, ein Genus darstellen können.[10]

In Übereinstimmung mit den zuletzt genannten drei Juristen sind wir der Ansicht, daß die gemischt-generischen

1) Mommsen: Bd. I S. 341, Note 23.
2) Regelsberger, Ar. f. civ. Praxis, Bd. 49 S. 185.
3) Thöl, Lehrb. d. Hdls.-Rechts, Aufl. IV, Bd. 1 S. 446.
4) Becker, Jahrb. d. gem. Rechts, Bd. V S. 353, 357, 358.
5) Dernburg, Preuß. Privat-Recht, Bd. II § 28; ferner Pand. Bd. II § 25 und Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts, Bd. II § 11.
6) Hoffmann: Periculum beim Kaufe, S. 118.
7) Ihering a. a. O. S. 405.
8) Windscheid: Pand. Bd. II § 225.
9) Ihering: a. a. O.
10) cfr: Brinz. Pand. S. 312.

Obligationen eine besondere Klasse von Schuldverhältnissen nicht darstellen. Sie fallen entweder unter den Begriff der Gattungsobligationen oder unter den der Alternativobligationen.

Von derselben Auffassung gehen auch die Motive [1] aus. Sie sagen: „Gemischt-generische Obligationen gehören entweder zur Klasse der generischen oder zu den alternativen."

Die Frage, zu welcher der beiden Klassen nun im einzelnen Falle ein derartiges Schuldverhältnis zu rechnen ist, wird allerdings nicht immer leicht zu beantworten sein

Eine gesetzliche Regelung enthielt der I. Entwurf im § 186 nur für das Gattungsvermächtnis, indem er vorschrieb, daß es, falls der Leistungsgegenstand beschränkt-generisch bestimmt ist, als Wahlvermächtnis gelten solle.

Auch diese Bestimmung hat in das BGB. keine Aufnahme gefunden. Die Protokolle [2] begründen die Streichung, indem sie bemerken, es sei richtiger, die Auslegung der Wissenschaft zu überlassen, als durch Aufstellung einer festen Regel unter Umständen dem Willen des Erblassers offenbar zuwider handeln zu müssen.

Da also eine gesetzliche Bestimmung fehlt, so wird stets nach der Lage des konkreten Falles zu prüfen sein, ob sich die sogenannte gemischt-generische Obligation als Gattungs- oder als Wahlschuld darstellt.

Im Allgemeinen wird dann eine Gattungsschuld anzunehmen sein, wenn aus einer bestimmten Menge heraus eine individuell unbestimmte Quantität zu leisten

1) Motive: II, S. 11.
2) Protokolle V, S. 200, 201.

ist.[1] Denn hier legen die Parteien in der Regel keinen Wert auf die in dem Vorrate enthaltenen einzelnen Individuen, von denen sie sich wohl als einzelne überhaupt keine Vorstellung machen. Die Beschränkung auf einen bestimmten Vorrat bezweckt hier nur die nähere Bezeichnung der Gattung.[2]

Ist dagegen nicht eine Quantität, sondern eine nicht individuell bestimmte Sache aus einer Mehrheit zu leisten, so liegt gewöhnlich eine Alternativobligation vor,[3] z. B. bei dem Versprechen eines von mehreren Häusern. Es müßte denn sein, daß die betreffende Gesamtheit so ausgedehnt ist, daß man annehmen muß, die Parteien haben von den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen keine individuelle Vorstellung mehr; z. B. bei dem Versprechen eines arabischen Pferdes.[4]

Einen Anhaltspunkt wird man vielfach daraus entnehmen können, ob die zu leistenden Sachen vertretbare, oder nicht vertretbare sind.

Im ersteren Falle wird meistens eine Gattungsobligation, im letzteren eine Alternativobligation vorliegen.

Man darf entsprechend der allgemeinen Regel des § 133 BGB. bei dieser Klassifikation nicht immer die

---

1) Ebenso: Schollmeyer zu § 243, Motive II S. 11; Berndorff: S. 17 ff; Haber: § 6; Kuhlenbeck: Von den Pand. zum BGB. S. 23.

2) Anderer Meinung: Mayring zu § 243 Note 3. Abweichend auch Scolny-Caro zu § 243, Note 5; cfr. Oertmann: zu § 243, Note 1.

3) Ebenso Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 10; Berndorff: S. 19; Haber: § 6; Mayring: zu § 243, Note 3

4) Ähnlich hierüber auch: Eck in Holtzendorffs Rechts-Lexikon III. Aufl., Bd. II.

Ausdrucksweise der Parteien schlechthin zum Ausgangspunkte nehmen, sondern wie immer, muß stets ihr wirklicher zu erforschender Wille ausschlaggebend sein, „Valet id quod actum est.“ Jhering[1] ist daher zu äußerlich verfahren, wenn er einen Unterschied in der juristischen Auffassung konstruiert, je nachdem der Testator sagt: „Ich vermache eines von meinen drei Pferden“, oder: „Ich vermache den Fuchs, den Rappen oder den Schimmel.“

In beiden Fällen liegt unserer Ansicht nach eine Alternativobligation vor.

Trotzdem wird die Grenze zwischen der Alternativobligation und der Genusobligation bei den gemischtgenerischen Schuldverhältnissen häufig sehr schwankend sein. Man muß sich daher, um bei der Entscheidung nicht fehl zu gehen, stets vergegenwärtigen, daß bei der Wahlschuld im Gegensatz zur Gattungsschuld die Sachen, von denen eine geleistet werden soll, von vorneherein feststehen, und daß die Parteien von sämtlichen in Betracht kommenden Objekten von Anfang an eine Vorstellung als Individuen haben.[2]

Bei der Wahlschuld berufen die einzelnen zur Wahl stehenden Sachen durchaus nicht ein und derselben Gattung anzugehören, sie können völlig verschieden sein, es kann ihnen jedes gemeinsame Merkmal fehlen.[3]

Wenn Oertmann[4] und Dernburg[5] aus dem

1) Jhering a. a. O. S. 406.

2) Ähnlich Kuhlenbeck a. a. O. S. 25; Lewy: S. 75; Flatau: S. 15; Endemann: S. 512, Anm. 3; Dernburg: Pand. Bd. II § 27.

3) cfr. hierüber auch: Foerster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. 1 § 65.

4) Oertmann: zu § 243 Nr. 1.

5. Dernburg: BGB, Bd. II § 25.

in den §§ 243, 279 BGB. enthaltenen Worte: „nur" — nur der Gattung nach bestimmte Sachen — folgern, daß dadurch der Gesetzgeber die gemischt-generischen Obligationen habe ausschließen wollen, so ist dies unserer Meinung nach unzutreffend. Diese Ausdrucksweise ist offenbar nur deshalb gewählt worden, um den Gegensatz zwischen Gattungs- und Speciesschuld hervorzuheben. Die nur der Gattung nach bestimmte Sache soll der individuell bezeichneten gegenüber gestellt werden. Auch sonst findet sich im BGB. kein Anhaltspunkt dafür, das der Gesetzgeber die gemischt-generischen Obligationen besonderen Regeln habe unterwerfen wollen. [1]

Gattungsschulden können keineswegs bei sämtlichen Schuldverhältnissen vorkommen, nämlich dann nicht, wenn die Verpflichtung des Schuldners auf das Zurückgeben einer empfangenen Sache gerichtet ist. Denn in diesen Fällen ist die zurückzugewährende Sache bereits durch die Hingabe aus der Gattung herausgehoben und individuell bestimmt worden. Die Verpflichtung des Schuldners stellt sich daher stets als eine Speciesschuld dar.

§ 2.

II. Gefahr, Gefahrtragung und Gefahrübergang.

Während unter „Gefahr" im Allgemeinen jede Möglichkeit der Beschädigung von Personen, Sachen oder auch von Rechten verstanden wird, ist der Begriff der Gefahr im juristischen Sinne ein bedeutend engerer. Es ist darunter zu verstehen die Möglichkeit der Beschädigung

1) Vers. Anf. Schollmeyer: zu § 243 Nr. 3.

eines Vermögenswertes durch Zufall, casus, das Periculum der Römer.[1]

Allein nicht jede durch Zufall herbeigeführte Vermögensbeschädigung kommt für den Begriff der Gefahr im juristischen Sinne in Betracht. Trifft nämlich der Schaden ein Rechtsgut, welches nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, so bedeutet dies für die betreffende Person zwar eine wirtschaftliche Verschlechterung ihrer Lage, ist aber an sich juristisch irrelevant. Insoweit ist der römische Satz: casum sentit dominus ebenso richtig, wie selbstverständlich.

Juristische Erheblichkeit erlangt ein derartiges Ereignis erst, wenn an der Integrität des betreffenden Gutes mehrere Personen rechtlich interessiert sind, wenn es den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bildet, und es sich darum handelt, wer von den mehreren beteiligten Personen schließlich die Folgen des schädigenden Ereignisses zu tragen hat.

Zufall ist jedes Ereignis, welches eintritt, ohne daß es die bei dem Schuldverhältnis beteiligten Personen verschuldet haben.[2]

Nicht nötig ist es, daß das betreffende Ereignis unabhängig von einem menschlichen Willen eingetreten ist.[3]

---

1) Ähnlich Endemann § 115 Nr. 1. Ueber Periculum im R. R. cfr. besonders. Hoffmann: a. a. O.; Fuchs: Zur Lehre vom Periculum im Arch. für civilst. Praxis, Bd. 34; Weiske: Rechts-Lexikon, Bd. II S. 572 ff; Goose: Zur Lehre vom Casus, Jahrb. f. Dogm., Bd. IX S. 197.

2) So auch im R. R. cfr. besonders: l. 17. § 2. D. de praescr. verb. 19, 5; l. 16. D. de per. et com. 18, 6; l. 3. D. de naut. faen. 22, 2; l. 39. D. de sol. et lib. 46, 3; l. 8 pr. D. de per. et com. 18, 6.

3) So Baron: Pandekten S. 238, Note a.

Die richtige und heute herrschende Lehre sieht vielmehr als Zufall solche Ereignisse an, für die im einzelnen Falle ein bestimmtes Subjekt vom Standpunkte des Schuldbegriffes aus nicht verantwortlich gemacht werden kann,[1] oder wie das BGB.[2] sich ausdrückt, welche die Parteien nicht zu vertreten haben.

Ob der schädigende Umstand ein Naturereignis ist, oder ob er von dritten Personen veranlaßt worden ist, ist demnach für den Begriff des Zufalls gleichgültig. Er kann sogar von einer der Parteien ausgehen, vorausgesetzt, daß sie nicht für ihn verantwortlich gemacht werden kann, ihn nicht zu vertreten hat.

Wie weit die Vertretungspflicht reicht, ist bei den einzelnen Obligationen verschieden. Eine eingehende Erörterung dieser Frage würde den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten. Es mag genügen hervorzuheben, daß nach BGB.[1] gewöhnlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten sind.

Ist das schädigende Ereignis eingetreten infolge eines Umstandes, den eine Partei zu vertreten hat, so liegt im Hinblick auf dieses Schuldverhältnis ein Zufall nicht vor. Die Veränderungen, die alsdann in den rechtlichen Beziehungen der Parteien eintreten, sind die Folge des schuldhaften oder fahrlässigen Verhaltens der betreffenden Partei. Diese Fälle haben daher mit der Frage der Gefahrtragung nichts zu tun und scheiden somit auch aus der folgenden Darstellung aus.[1]

1) So Kuhlenbeck a. a. O. S. 69: Wirsel: Der Zufall beim Kauf, S. 5 u. 6; Endemann, Bd. I S. 492; Brandis: Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Wertverdingung S. 5.
2) BGB. §§ 275, 280, 323 a. a.
1) BGB. § 276.
1) cfr. zu dieser Frage Hoffmann: a. a. O. und Mommsen: a. a. O. Bd. 1.

Unter Gefahr ist zu verstehen die Möglichkeit einer zufälligen Vermögensbeschädigung unter dem Gesichtspunkte betrachtet, wer von den Parteien den Schaden zu tragen hat.

Derjenige, dessen Vermögen schließlich geschädigt ist, von dem sagt man, er trägt die Gefahr.

Bei einseitigen[1] Schuldverhältnissen trägt der Gläubiger die Gefahr, wenn der Schuldner trotz des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung der geschuldeten Sache von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Der Schuldner trägt die Gefahr, wenn diese Befreiung nicht eintritt, er vielmehr eine andere Sache liefern oder Schadenersatz leisten muß.

Bei gegenseitigen[2] Schuldverhältnissen ist von vorneherein jede Partei Gläubiger und Schuldner zugleich. Man kann sich daher nur so ausdrücken: „Wenn trotz zufälligen Unterganges oder zufälliger Verschlechterung der geschuldeten Sachen die eine Partei ihre Gegenleistung bewirken muß, während die andere von ihrer Verbindlichkeit befreit ist, so trägt die erstere die Gefahr, andernfalls die letztere".

Der Augenblick nun, in welchem der eine Kontrahent anfängt, die wirtschaftlichen Nachteile eines die geschuldete Sache zufällig treffenden Schadens zu vertreten, also die Gefahr zu tragen, welche bisher der andere getragen hatte, ist der Moment des Gefahrüberganges.

Das Prinzip der Gefahrtragung im BGB. ist folgendes:

Bei einseitigen Schuldverhältnissen wird der Schuldner

1) d. h. einseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen.
2) d. h. gegenseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen.

von seiner Leistungspflicht befreit, soweit die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist.

Der Unmöglichkeit wird das unverschuldete subjektive Unvermögen gleichgestellt.[1]

Bei gegenseitigen Verträgen wird der Schuldner gleichfalls befreit, verliert aber den Anspruch auf die Gegenleistung.[2]

Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung in entsprechendem Verhältnisse.[3]

Die Bestimmung des § 323 BGB. entspricht allerdings nicht dem römischen Satze: „Periculum est emtoris", sondern der alten deutschen Rechtsanschauung und ist auch bereits im Allgemeinen Landrecht[4] und im Sächsischen Gesetzbuch[5] enthalten.

Es ist ohne Weiteres einleuchtend, daß bei Gattungsschulden die Frage der Gefahrtragung grundsätzlich in anderer Weise geregelt sein muß. Da bei der Gattungsschuld nicht eine individuell bestimmte Sache geschuldet wird und auch nicht geschuldet werden soll, so kann sich auch der Schuldner nicht darauf berufen, daß gerade der geschuldete Leistungsgegenstand durch einen Zufall vernichtet oder beschädigt worden sei. So lange überhaupt noch ein Exemplar der vereinbarten Gattung vorhanden ist, bleibt begrifflich die Leistung möglich, und so lange bleibt daher auch die Verpflichtung des Schuldners bestehen. Befreit würde er erst durch den Untergang der ganzen Gattung, ein Fall, der bei den gemischt-

1) BGB. § 275.
2) BGB. § 323.
3) Die Minderung erfolgt nach Maßgabe der §§ 472, 473.
4) ALR. I. 5, §§ 364 ff.
5) cfr. auch Sächsisches Gesetzbuch §§ 866, 867.

generischen Obligationen häufiger eintreten kann, während er im Übrigen nur ausnahmsweise sich ereignen wird.

Die gemeinrechtliche Doktrin hat diesen Gedanken ausgedrückt in dem Satze: „genus perire non censetur".

Dementsprechend bestimmt auch das BGB. in § 279, daß bei Gattungsschulden der Schuldner nur befreit wird, wenn die Leistung aus der ganzen Gattung unmöglich ist. Dabei sieht das BGB. hier davon ab, das subjektive kasuelle Unvermögen der objektiven Unmöglichkeit gleichzustellen, wie dies bei Speziesschulden geschehen ist.[1] Der Schuldner wird also bei Gattungsschulden von seiner Leistungspflicht nicht befreit, wenn die von ihm als Leistungsgegenstand in Aussicht genommene Sache untergegangen und er persönlich nicht in der Lage ist, eine andere zu beschaffen.[2]

Den Begriff der Unmöglichkeit wird man jedoch nicht zu eng fassen dürfen.

Die Leistung aus der Gattung ist nicht nur dann unmöglich,[3] wenn das ganze Genus untergegangen ist — ein Fall, der nur bei den beschränkt-generischen Schuldverhältnissen vorkommen wird — sondern auch dann, wenn im konkreten Falle die Leistung aus dem Genus nicht bewirkt werden kann, wie z. B. bei einem Streik, einem Ausfuhr- oder Einfuhrverbot, einer Blockade usw.

Ja, mit Planck[4] dürfte als Unmöglichkeit hier auch

1) BGB. § 275.

2) Planck: zu 279 Nr 1 und Ubbelohde: Archiv für die civil. Praxis, Bd. 85 S. 121.

3) Ähnlich Oertmann: Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 12 S. 184; Hartmann: Die Obligationen S. 254 ff. Goldmann und Lilienthal S. 165 Nr. 1.

4) Planck: zu § 279 Nr. 1.

der Fall anzunehmen sein, wenn die Beschaffung einer abredegemäßen Sache mit so außergewöhnlichen, von den Parteien nicht vorher gesehenen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß es dem das ganze BGB. durchziehenden Prinzipe von Treu und Glauben zuwider gehandelt wäre, wenn man die Verpflichtung des Schuldners trotzdem fortbestehen ließe.

Wenn auch hiernach bei Gattungsschulden in einzelnen Fällen eine gewisse Gefahr dem Gläubiger von vornherein aufgebürdet sein kann, so ist diese doch unabhängig von dem generischen Charakter der Obligation; sie folgt allgemein aus dem Begriffe des Schuldverhältnisses, gleichgültig ob es eine generisch oder speziell bestimmte Leistung zum Gegenstande hat. Da wir hier nur die Frage der Gefahrtragung und des Gefahrüberganges, soweit sie speziell der Gattungsschuld eigentümlich ist, behandeln, so lassen wir die oben erwähnten Fälle unberücksichtigt.

Im Allgemeinen trägt also, wie wir gesehen haben, bei Gattungsobligationen der Schuldner die Gefahr.

Es fragt sich nun, in welchem Augenblicke und wodurch die von dem Schuldner als Leistungsgegenstand in Aussicht genommenen Sache derartig aus der Zahl der anderen zu der gleichen Gattung gehörigen Gegenstände herausgehoben wird, und zwar in einer für die Parteien bindenden Weise, derart, daß ihr zufälliger Untergang den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, und daß er bei gegenseitigen Verträgen außerdem seinen Gegenanspruch behält. Dieser Augenblick ist der Moment des Gefahrüberganges bei Gattungsobligationen im technisch-juristischen Sinne.

Der Augenblick, in welchem sich die Gattungsschuld in der gedachten Weise auf eine bestimmte Sache zusammenzieht, beschränkt, ist der Moment der „Konzentration" der Gattungsschuld.[1]

Mit dieser Konzentration geht notwendig die Gefahr auf den Gläubiger über. Denn da mit ihr der Anspruch des Gläubigers auf die eine bestimmte Sache beschränkt ist, so erlischt sein Recht mit dem zufälligen Untergang derselben.

Konzentration der Gattungsschuld und Gefahrübergang hängen unlöslich miteinander zusammen, sie sind nach einem Ausdruck der Motive notwendige Korrelate.

Wir werden also im Folgenden zu untersuchen haben, wann und wodurch die Gattungsschulden die Konzentration eintritt. Mit der Beantwortung dieser Frage ist dann gleichzeitig festgestellt, wann die Gefahr auf den Gläubiger übergeht.

§ 3.

III. Voraussetzungen des Gefahrenüberganges.

a. Nach den gemeinrechtlichen Theorien.

Es empfiehlt sich, hier etwas näher auf das Römische Recht und die gemeinrechtliche Entwickelung einzugehen, da das BGB. sich im Wesentlichen einer der gemeinrechtlichen Theorien angeschlossen hat.

Die römischen Quellen selbst haben sich merkwürdiger Weise mit dieser Frage nur oberflächlich beschäftigt.

Die wenigen in Betracht kommenden Stellen handeln

1) Andere Bezeichnungen sind: Specialisierung, Konkretisierung.

vom Gattungskaufe. Es sind dies in erster Linie l. 35 § 7 D. de contr. empt. 18, 1:

„Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semed dictum sit an in singulos eos.

ferner: l. 5 D. de per. et com. 18,6.

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari: si verbi gratia amphorae centum ex vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec, admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat

und l. 2 Cod. de per. et com. 4,48.

Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

cum autem universum quod in horreis erat postea venisse sine mensura et claves emptoribus Araditas ad leges, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet, haec omnia locum habent non solum si vinum sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut pernitus corrupta fuerint.

Außerdem können zur Interpretation noch herangezogen werden folgende Stellen:

l. 8 D. de per. et com. 18,6.

l. 35 §§ 5 und 6 D. de contr. empt. 18,1.

l. 34 § 5 D. de contr. empt. 18,1.

l. 1 § 1 u. l. 10 § 1 D. de per. et com. 18,6.

Nach diesen Stellen geht die Gefahr über mit dem admetiri adnumerare etc., nach l. 2 C. de per. et com. 4,18 mit dem tradere. Darüber, wie die Begriffe admetiri etc. und tradere aufzufassen seien, ob sie sich gleich stehen oder ob etwa der eine in dem anderen enthalten sei, finden sich in den Quellen keine nähere Angaben. Auch in der Folgezeit hat sich die Wissenschaft nur wenig mit dieser Frage beschäftigt.

Nur oberflächlich gestreift worden ist sie von Lauterbach,[1] Struck,[2] Cocceji,[3] Carpzow,[4] Hommel,[5] Strube[6] und Glück[7] u. a.[8]

Erst im neunzehnten Jahrhundert wurde die Frage auf die Anregung Thöls[9] hin mehr in den Kreis der wissenschaftlichen Erörterung gezogen.

Es haben sich alsdann im gemeinen Rechte über die Frage des Gefahrüberganges bei Gattungsschulden eine Anzahl Theorien gebildet, unter denen vier, welche durch Thöl, Ihering, Becker und Regelsberger vertreten werden, als Haupttheorien hervorgehoben sein mögen.

1) Lauterbach: Coll. theor. pract. 18, 6 § 13.

2) Struck: ad Lauterbach S. 563.

3) Cocceji: jus controv. 18, 6 § 4.

4) Ben. Carpzow: Opus desisionum 1690, Decisio 131.

5) Hommel: rhapsodia quaestionum vol. 5, obs. 608 S. 46 ff. und obs. 689 S. 389.

6) Strube: Rechtliche Bedenken, Bd. II S. 168.

7) Glück: Erläuterung der Pandekten, Bd. 17 S. 187 ff.

8) cfr. bezügl. dieser Frage und der Litteratur bes. Ihering a. a. O.

9) Thöl: Lehrbuch des Handelsrechts, Aufl. 4, 5.

I.

Die Thöl'sche sogenannte Ausscheidungstheorie (von ihm selbst anfänglich Individualisierungstheorie, später Apparationstheorie genannt) stellt für den Gefahrübergang bei Gattungsobligationen ein zweifaches Erfodernis auf.

1. Ausscheidung eines der verabredeten Gattung entsprechenden Gegenstandes, die nach Ort und Zeit gerechtfertigt ist.

2. Kunde von der erfolgten Ausscheidung beim Käufer, sodaß dieser sich eine Vorstellung von der ausgeschiedenen Species bilden kann.

Thöl verlangt diese von ihm „zweiseitig" genannte Ausscheidung deswegen, weil bei einer „einseitigen" Ausscheidung der Verkäufer diese beliebig wieder rückgängig machen könne. Ohne daß der Käufer von der Ausscheidung Kenntnis erhalte, sei der zur Perfektion des Kaufes nötige Consens der Parteien über das „quid quale quantum" nicht vorhanden.

Da Thöl davon ausgeht, daß der Gefahrübergang beim Gattungskaufe dann erfolgt, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen beim Spezieskauf die Gefahr übergeht, so verlangt er folgerichtig außerdem, daß der Kauf unbedingt sei und daß der Preis fest stehe.[1]

Der Thöl'schen Theorie sind in der Hauptsache gefolgt: Vangerow,[2] Mommsen,[3] ferner auch Sintenis[4] und Puchta.[5]

Am konsequentesten hat diese Theorie als reine

1) Im Anschluß an l. 8. pr. D. de per. et com. 18, 6.
2) Vangerow: Bd. III § 635.
3) Mommsen: Beitrag I S. 340 ff.
4) Sintenis: Das prakt. gem. Zivilrecht, Bd. II § 116.
5) Puchta: Vorlesungen § 360.

Ausscheidungstheorie Heyer[1] durchgeführt. Er sieht von dem Erfordernis des Wissens des anderen Kontrahenten völlig ab. Nach ihm genügt zur Gefahrübertragung die bloße körperliche Ausscheidung.

Gegen die Thöl'sche Ansicht, besonders scharf gegen Heyer ist Ihering[2] aufgetreten, veranlaßt durch die unhaltbaren Konsequenzen, die diese Theorie zur Folge haben muß.

Er hält vor Allem mit Recht Thöl entgegen, daß nach seiner Theorie der Verkäufer beliebig die Gefahr auf den Käufer überwälzen könne, wenn er nur richtig ausscheide und dem Käufer gehörig Kunde zukommen lasse.[3]

Thöl hat diesem Einwande dadurch zu begegnen versucht, daß er in der fünften Auflage seines Lehrbuches das von uns bereits erwähnte Erfordernis aufstellte, daß die Ausscheidung nach Ort und Zeit gerechtfertigt sein müßte, doch hat er hierdurch die seiner Theorie anhaftenden Mängel nicht zu beseitigen vermocht. Es ist nicht zu entnehmen, wann und wie die von ihm verlangte körperliche Ausscheidung zu erfolgen hat.

Die Mängel der Thöl'schen Theorie sind von Ihering so überzeugend und im Wesentlichen auch erschöpfend hervorgehoben worden, daß wir uns darauf beschränken können, auf seine Darstellung zu verweisen.

II.

Ihering faßt die Grundsätze der von ihm vertretenen sogenannten Erfüllungstheorie in folgende Worte zusammen:

1) Beiträge zur Lehre vom Kauf in der Zeitschrift für Civilrecht und Praxis. Neue Folge: Bd. 15.
2) Ihering a. a. O. S. 366 ff.
3) Ihering a. a. O. S. 385.

„Die Gefahr geht über mit der wirklichen oder der durch mora verhinderten Lieferung:

Die Lieferung aber gestaltet sich nach Verschiedenheit der Fälle zwar äußerlich und faktisch verschiedenartig, juristisch aber bestimmt sie sich immer danach, ob und wann der Lieferer das, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu tun oblag, getan hat.“ [1]

Im Allgemeinen unterscheidet Jhering zwischen den Kontrakten, je nachdem sie auf Holen oder auf ein Bringen oder auf ein Schicken gehen.

Bei den ersteren hat der Schuldner erfüllt, wenn er in seiner Wohnung oder in seinem Geschäftslokal übergibt. Hier ist also eine vorherige Ausscheidung bedeutungslos.

Bei der zweiten Art von Verträgen hat der Schuldner erfüllt, wenn er die Sache zum Gläubiger hingebracht hat.

Geht der Vertrag auf ein Schicken, so muß der Schuldner zur Erfüllung die Sache abgesandt, d. h. der betreffenden zur Beförderung bestimmten Person oder Anstalt übergeben haben.

Vor der Übergabe bezw. dem Bringen oder Absenden geht nach Jhering die Gefahr über, wenn der frühere Gefahrübergang in der Absicht der Parteien liegt, z. B. wenn der Verkäufer den gekauften Vogel fliegen lassen soll. Denn in diesem Fall hat der Verkäufer eben alles getan, was ihm zu tun oblag. Daß auch bei mora accipiendi die Gefahr übergeht, ist nur eine logische Folge desselben Prinzipes.

Mit den römischen Quellen dürfte die Jhering'sche

1) Jhering a. a. O. S. 377.

Theorie ebenfalls in Übereinstimmung sein. Wir verweisen betreffs dieser Frage auf die ausführliche Darstellung Iherings,[1] aus der wir insbesondere den Schluß für berechtigt halten, daß die Quellen die Ausdrücke admetiri etc. und tradere in demselben Sinne gebraucht haben.

Den Erfordernissen des praktischen Lebens kommt die Ihering'sche Theorie durchaus entgegen, viel mehr als die Thöl'sche oder die Heyer'sche Auffassung.

III.

Die dritte Theorie, diejenige Bekkers,[2] sieht in Annäherung an Ihering das für den Gefahrübergang maßgebende Moment ebenfalls in der Leistung, aber nur dann, wenn damit auch eine Individualisierung der Sache verbunden ist. Demgemäß fordert Bekker zum Gefahrübergange in der Regel, nämlich abgesehen von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden abweichenden Parteivereinbarung und von dem Falle des Annahmeverzuges, die Tradition der Sache an den Käufer.

Versendet der Verkäufer die Ware, so fallen Hingabe (Absendung) und Annahme auseinander.

Die Gefahr geht nach Bekker dann erst über mit der vollzogenen Tradition, mithin erst mit der Annahme der Sache seitens des Käufers.

Gegen die Ihering'sche Theorie macht Bekker geltend, daß eine Spezialisierung und ein Gefahrübergang unter Umständen auch vor der Lieferung möglich ist:

1) A. M. Carlowa in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 16 S. 433 ff.

2) Bekker: Jahrbücher des gemein. Rechts, Bd. V S. 375 ff. 388, 390.

1. Es kann beim Vertragsschlusse etwas über die Spezialisierung gesagt sein,

2. die Parteien können nachträglich die Spezialisierung vereinbaren, ohne damit die Leistung zu verbinden.

Diese Einwendungen gegen die Lieferungstheorie sind indessen nicht stichhaltig. Daß die Parteien durch Nebenabreden im einzelnen Falle eine andere Regelung der Gefahrtragung eintreten lassen können, ist selbstverständlich.[1]

Auch Jhering hat sicherlich die Möglichkeit solcher Vereinbarungen nicht leugnen wollen.

Stintzing[2] bemerkt hierzu:

„Das Recht zur Individualisierung vor der Leistuug beruht in den von Bekker gesetzten Fällen nicht auf dem Gattungskaufe, sondern auf einem Nebenvertrage, der ihn modifiziert."

Bekker findet ferner an der Lieferungstheorie die Konsequenzen bedenklich, die sich dadurch ergeben, daß der Gefahrübergang in den Augenblick der vollendeten Absendung gelegt ist: „Es führt zu schreiender Ungerechtigkeit, wenn man den Käufer Gefahr von Untergang und Verschlechterung tragen läßt, solange noch dem Verkäufer die Möglichkeit bleibt, der schon erwähnten Spezies eine andere zu substituieren.

Wir werden im weiteren Verlaufe der Abhandlung auf diesen Einwand Bekkers noch zurückkommen. An dieser Stelle mag nur bemerkt werden, daß auch nach

1) D. A. Windscheid: Pandekten, 7. Aufl., Bd. II § 390, Note 8.

2) Stinzing: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio in Jherings Jahrbüchern Bd. X Nr. III, insbesondere auf S. 180.

Jhering'scher Lieferungstheorie der Schuldner nach der Absendung kein Recht hat, die einmal ausgeschiedene Sache durch eine andere zu ersetzen. Denn mit der Absendung ist die Gattungsschuld auf die betreffende erwählte Sache beschränkt, diese allein bildet nunmehr den Gegenstand des Schuldverhältnisses.

Um jedoch den Anschauungen des Verkehrs wenigstens einigermaßen Rechnung zu tragen, sieht sich Bekker[1] genötigt anzunehmen, daß meistens der Parteiwille, wenn auch stillschweigend, darauf gerichtet sei, daß die Spezialisierung bereits mit der Absendung eintrete, und ferner, daß der Käufer bereits von der Absendung ab, die Gefahr tragen solle, während andererseits der Verkäufer sich jeder Verfügung über die abgesandte Sache zu enthalten habe.

IV.

Die vierte der Haupttheorien wird vertreten von Regelsberger.[2] Wie er selbst sagt, bekennt er sich zunächst zu der Theorie Thöl's. Nach ihm tritt die Konzentration des Gattungskaufes ein durch Fixierung.

Zur Fixierung ist erforderlich die Ausscheidung und die in bindender Absicht an den Käufer gerichtete Erklärung. Eine solche Erklärung ist mindestens überall in der Tradition enthalten. Es ist also nicht erforderlich Wissen des Käufers (Thöl) oder Annahme (Bekker).

Durch Übergabe an den Frachtführer geht nach ihm gleichfalls die Gefahr über.

---

1) Bekker: a. a. O. S 388.

2) Regelsberger: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 49 S. 183; derselbe: Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 13 S. 109 ff; Hoffmann; S. 127 ff.

Wann und wie die Ausscheidung zu erfolgen habe, darüber kann auch er eine hinreichende Auskunft nicht geben.

Die Theorie, die am meisten dem deutschen Rechtsbewußtsein entspricht und die auch die größte praktische Durchführbarkeit besitzt, ist zweifellos die Ihering'sche Lieferungstheorie.

b. nach BGB.

§ 4.

1. Leistung gemäß § 243 Abs. 2 BGB.

Ihr hat sich auch mit voller Absicht das BGB.[1] angeschlossen.

Der I. Entwurf bestimmte im Paragraphen — 214 —, daß die zum Gefahrübergange erforderliche Konzentration durch die Auswahl stattfindet, daß diese Auswahl aber erst als vollzogen gilt, wenn die Leistung durch Übergabe der ausgewählten Sache bewirkt ist, oder, falls die Gefahr bereits früher auf den Gläubiger übergeht, schon mit diesem früheren Zeitpunkte.

Vor der Übergabe geht die Gefahr nach dem I. Entwurfe[2] bereits über, wenn der Gläubiger durch Nichtannahme der ausgewählten und angebotenen Sache in Verzug kommt, und ferner,[3] falls die Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort gesandt wird, mit der Auslieferung an den Spediteur oder Frachtführer.

---

1) So Cosack: § 84, Motive II, S. 12.
2) I. Entwurf § 257 Abs. 2.
3) I. Entwurf § 465 Abs. 1.

Wie in den Protokollen[1] ausgeführt ist, erschien jedoch diese Regelung zu eng. Es wurde daher eine andere Fassung gewählt, die dem Sinne nach im Wesentlichen mit der ursprünglichen übereinstimmt.

Die sedes materiae ist nunmehr § 243 BGB. und speziell dessen zweiter Absatz. Der Wortlaut des § 243 ist folgender:

„Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache."

Nach Absatz 2 tritt also die Konkretisierung und damit der Gefahrübergang ein, sobald der Schuldner das zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat.

Was erforderlich ist, das ergiebt sich aus dem konkreten einzelnen Schuldverhältnisse.

Doch lassen sich ganz allgemein für den Gefahrübergang folgende Erfordernisse aufstellen:

a) Die Sache, zu deren Leistung der Schuldner das Erforforderliche getan haben muß, muß mittlerer Art und Güte sein.[2]

Leistet der Schuldner eine Sache, die unter dem Durchschnitt steht oder überhaupt nicht der betreffenden Gattung angehört — man denke besonders an die beschränkt-generischen Obligationen —, so tritt also die Konzentration und der Gefahrübergang nicht ein.[3]

1) Protokolle: S. 574
2) BGB. § 243 Abs. 1; cfr. auch ALR. I § 275; HGB. § 360.
3) So Schollmeyer: zu § 243 Nr 5 b.

Das BGB. ist hier vom Römischen Rechte abgewichen, nach welchem der Schuldner die schlechteste Sache der betreffenden Art liefern konnte, vorausgesetzt, daß sie fehlerfrei war.[1]

Daß der Schuldner durch die Leistung einer über dem Durchschnitte stehenden Sache befreit wird, ist wohl anzunehmen, es müßte denn sein, daß der Gläubiger irgend ein Interesse daran hat, gerade eine Sache mittlerer Art und Güte zu erhalten.[2]

Abgesehen von einer besonderen Vereinbarung kann sich unter Umständen auch aus dem Vertragszwecke ergeben, daß eine bessere oder geringere Sache geleistet werden soll.[3]

Wie Schollmeyer[4] richtig hervorhebt, kann bei den gemischtgenerischen Obligation eventuell durch die Fixierung des Rahmens, aus dem geleistet werden soll, auf die Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte verzichtet sein, nämlich dann, wenn der betreffende Vorrat „unter dem Durchschnitt steht", oder, wie man wohl ergänzen kann, wenn er über dem Durchschnitt steht.

Die zu leistende Sache muß fehlerlos sein, die Leistung einer mangelhaften Sache gilt nicht als Erfüllung. Denn in diesem Falle hat der Schuldner nicht das getan, was ihm nach dem Sinn des betreffenden Schuldverhältnisses zu tun oblag.[5]

Daß die Leistung einer mangelhaften Sache eine

1) l. 75. § 5. D. quod. leg. 43,3; Windscheid § 394, Note 20.
2) ebenso Dernburg: BGB. II S. 28 ff; anders: Planck: zu § 243.
3) So Laband: Archiv für civilist. Praxis, Bd. 73 S. 177.
4) Schollmeyer: zu § 243 Nr. 5 b.
5) So Oertmann: zu § 243.

Erfüllung im Sinne des § 243 Abs. 2 nicht darstellt, folgt unzweifelhaft aus § 480 BGB., der gemäß § 493 BGB. auch auf andere Schuldverhältnisse analoge Anwendung findet.

b) Der Schuldner muß das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan haben.

Daraus folgt, daß Ereignisse oder Handlungen dritter Personen und sogar Handlungen des Schuldners selbst, wenn sie nicht die Erfüllung des Gattungsschuldverhältnisses zum Zwecke haben, für die Frage des Gefahrüberganges, soweit sie speziell die Gattungsschuld betrifft, unerheblich sind.[1]

Was erforderlich ist, wird je nach dem betreffenden Schuldverhältnis verschieden sein. Da der Schuldner alles was zur Leistung erforderlich ist, getan haben muß, so wird es im Allgemeinen nicht genügen, wenn er eine Sache ausscheidet, ebensowenig, wenn er dem Gläubiger von der vollzogenen Ausscheidung Mitteilung zugehen läßt.[2]

Es würden dies nur Vorbereitungshandlungen zur eigentlichen Leistung sein.

Wir werden mit Jhering die Schuldverhältnisse betreffs dieser Frage zu scheiden haben in solche, die auf ein Holen gehen, oder auf ein Bringen, oder auf ein Schicken.

1. Soll der Gläubiger die geschuldete Sache holen, so vollzieht sich der Gefahrübergang dadurch, daß der Schuldner die Sache dem Gläubiger übergiebt. Der Ort der Übergabe wird regelmäßig der Wohnort oder

1) cfr. hierzu Haber: § 9.
2) Haber: § 18.

die gewerbliche Niederlassung des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses sein.

Erscheint der Gläubiger nicht, so hat der Schuldner jedenfalls das seinerseits Erforderliche getan, wenn er den Gläubiger auffordert, die ausgeschiedene Sache abzuholen.[1]

Im Zweifel sind alle Schulden Holschulden,[2] es müßte denn sein, daß sich aus der Natur des Schuldverhältnisses oder aus der Sachlage ein anderes ergiebt.

2. Geht das Schuldverhältnis auf ein Bringen, so tritt der Gefahrübergang erst ein, wenn der Schuldner die Sache an den Wohnort oder den Ort der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers gebracht hat.

Durch Parteiabrede kann selbstverständlich stets ein anderer Erfüllungsort vereinbart werden. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Schuldner Baumaterialien auf einen Bauplatz bringen soll. Hier hat er das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Materialien auf den betreffenden Platz gebracht und abgeladen hat.

Bringschulden sind im Zweifel nur die Geldschulden,[3] doch kommt es häufig vor, daß auch andere Schuldverhältnisse auf ein Bringen gehen, nämlich dann, wenn es sich aus ihrer Natur ergiebt oder der Verkehrssitte entspricht, z. B. Bestellungen bei einem Bäcker, Milchhändler u. s. w.

Ebensogut kann es aber vorkommen, daß Geldschulden Holschulden sind Dies wird z. B. anzunehmen sein bei Forderungen der Sparer gegen die Sparkasse.

1) Schollmeyer: zu § 243 Nr. 5 b: cfr. Abhdl. S. 50 ff zum Annahmeverzug.
2) BGB. § 269 Abs. 1.
3) BGB. § 270. Abs. 1.

Die Übergabe der geschuldeten Sache muß bei Hol- und Bringschulden nicht nur in der richtigen Art und Weise und am richtigen Orte, sondern auch zur rechten Zeit erfolgen. Ist bezüglich der Zeit nichts vereinbart worden und auch aus der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses nichts zu entnehmen, so hat der Schuldner das Recht, sofort zu leisten.[1]

Nicht nötig ist es, daß die zu leistende Sache dem Gläubiger persönlich ausgehändigt wird Es genügt, wenn sie seinem Stellvertreter oder Bevollmächtigten übergeben wird. Ja, man wird es für ausreichend erachten, wenn der Schuldner die Sache an eine Person abgeliefert hat, die den Umständen nach als zur Empfangnahme berechtigt erscheint. So kann man nicht verlangen, daß z. B. der Bäckerjunge das Frühstück dem Hausherrn oder der Hausfrau persönlich zu übergeben hat, es genügt, wenn er es an das Dienstmädchen abliefert.

Nicht nötig ist es hierbei, daß der Gläubiger sofort Kenntnis von der Übergabe hat; ebensowenig ist es erforderlich, daß der Gläubiger stets mittelbarer Besitzer wird.

Unter die Schuldverhältnisse, die auf ein Bringen gehen, fallen auch die sogenannten Distanzschulden.

3. Während bei Holschulden und Bringschulden der Gefahrübergang allgemein dadurch erfolgt, daß der Schuldner dem Gläubiger eine verabredungsgemäße Sache in gehöriger Weise zur richtigen Zeit übergiebt, fällt der Gefahrübergang bei den Schuldverhältnissen, die auf ein Schicken gehen, in einen früheren Zeitpunkt.

Schuldverhältnisse auf Schicken, auch Schuldverhältnisse mit Versendungsgedinge genannt, sind solche, bei

1) BGB. § 271.

denen die geschuldete Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet werden soll.

Bei ihnen geht die Gefahr über, wenn der Schuldner eine abredegemäße Sache der zum Transporte bestimmten Person oder Anstalt zur Beförderung übergeben hat.

Das BGB. hat dies im § 447 allgemein für den Kauf, also auch für den Gattungskauf bestimmt.

Dasselbe gilt aber nach § 243 Abs. 2 in Verbindung mit § 447 Abs. 1 für alle Gattungsobligationen.

Denn mit der Aushändigung der geschuldeten Sache an die Transportperson hat der Schuldner alles getan, wozu er auf Grund des Schuldverhältnisses verpflichtet war. Einer Übergabe der Sache an den Gläubiger bedarf es nicht. In der Versendungsabrede ist eine vom Gläubiger dem Schuldner erteilte Ermächtigung zu sehen, die Sache mit befreiender Kraft an die Transportperson zu übergeben.

Wer die betreffende Transportperson ist, ist gleichgültig. Der Kreis der Personen oder Anstalten, deren sich der Schuldner zum Transporte bedienen kann, ist kein geschlossener. Daß nur die im Gesetz erwähnten Beförderungsarten zulässig sein sollten, ist nicht anzunehmen. Das Wort „bestimmte" — bestimmte Person oder Anstalt[1] — ist nicht im objektiven Sinne gebraucht, sondern im subjektiven, gleich durch die Parteien oder durch den Schuldner bestimmt.[2]

Der Schuldner muß sich in erster Linie der von den Parteien bestimmten Person oder Anstalt bedienen. Ist

---

1) BGB. § 447 Abs. 1.

2) cfr. Planck: zu § 447; so Oertmann zu § 447 Nr. 4; a. M. Berndorff S. 71.

keine Bestimmung getroffen, so muß er die betreffende Sache in verkehrsüblicher Weise der Eisenbahn, einem Spediteur oder Frachtführer übergeben. Er kann auch, wenn es besondere Umstände geboten erscheinen lassen, eine Person wählen, die im Allgemeinen sonst mit dem Transporte von Gütern nicht betraut wird.

Eine Schwierigkeit ergiebt sich für den Fall, daß der Schuldner die Versendung selbst besorgt, wenn er z. B. selbst Frachtführer ist.

Offenbar geht § 443 Abs. 1 BGB, der, wie erwähnt, unter Heranziehung von § 243 Abs. 2 auf alle Gattungsobligationen anzuwenden ist, von der Voraussetzung aus, daß Schuldner und Transportperson nicht identisch sind. Er regelt daher auch nur diesen Fall. Ihn auch auf den Schuldner anzuwenden, der den Transport selbst besorgt, würde seinem Zwecke nicht entsprechen.

Man muß vielmehr für diesen Fall annehmen, daß der Schuldner nach der allgemeinen Regel die Gefahr bis zur Übergabe der Sache an den Gläubiger, oder aber, wenn er nur als Spediteur fungiert, bis zur Auslieferung der Sache an die Eisenbahn oder einen Transportunternehmer zu tragen hat.

Allerdings ist diese Frage sehr kontrovers und führt auch, namentlich im Hinblick darauf, ob der Gläubiger gegen den Transporteur einen direkten Schadensersatzanspruch hat, oder ob er Cession des dem Schuldner gegen den Transporteur etwa zustehenden Ersatzanspruches verlangen kann, zu schwierigen Untersuchungen. Eine erschöpfende Darstellung dieser Frage würde hier zu weit führen. Wir verweisen daher auf die Abhandlungen Haver's und Ihering's.

Ist durch die Absendung einmal die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen, so verbleibt sie auch endgültig bei ihm.

Wird die Sache also während des Transportes von einem Unfalle betroffen, so hat ihn der Gläubiger zu tragen.

Wenn der schädigende Umstand allerdings auf ein Verschulden des Schuldners, welches er auf Grund des betreffenden Schuldverhältnisses zu vertreten hat, zurückzuführen ist, so kann der Gläubiger Ersatzansprüche gegen den Schuldner geltend machen. Doch ist dies nur eine Folge des schuldhaften Verhaltens des Schuldners und hat mit der Frage der Gefahrtragung an sich nichts zu tun.

Ein Zurückgehen der einmal übergegangenen Gefahr findet nicht statt.

Anderer Ansicht ist Cosack.[1] Er nimmt an, daß unter Umständen während des Transportes die Gefahr auf den Schuldner zurückgeht, nämlich dann, wenn der Transport unterbrochen wird und die Unterbrechung beruht auf einem Verschulden des Verkäufers oder auf einem seiner besonderen Interessensphäre entspringenden Zufall.

Er führt folgendes Beispiel an: „A. hat eine Ladung Dynamit durch Kahn an den Käufer B. abgesendet; unterwegs wird Schiff und Ladung auf Grund einer falschen gegen A. gerichteten Anzeige eines Dritten polizeilich mit Beschlag belegt; noch ehe die Beschlagnahme aufgehoben wird, sinkt der Kahn, und die Ladung geht verloren."

Unseres Erachtens hat man bei diesem Falle zu

1) Cosack: Bd. I, II. Aufl. S. 412, III. Aufl. S. 417.

unterscheiden, ob bei der Erstattung der Anzeige und der durch sie veranlaßten Beschlagnahme ein Verschulden des Absenders A. in Frage kommt oder nicht.

Liegt auf Seiten des A. ein Verschulden vor, so ist die ganze Frage, wie bereits dargelegt ist, nicht als eine Frage der Gefahrtragung aufzufassen; es kann sich dann vielmehr nur darum handeln, ob der Schuldner gemäß § 280 BGB. den durch das Unmöglichwerden der Leistung entstandenen Schaden zu ersetzen hat.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß das Verhalten des Schuldners nicht nur dann als causa des Schadens anzusehen ist, wenn der Schade direkt dadurch veranlaßt ist, sondern auch dann, wenn dadurch die zu leistende Sache in eine Lage gebracht worden ist, in der sie dem schädigenden Ereignis ausgesetzt war. [1]

Trifft dagegen den Absender kein Verschulden, so ist die Anzeige und die Beschlagnahme als ein reiner Zufall aufzufassen. Die Gefahr des Zufalls während des Transportes hat aber der Gläubiger B. zu tragen.

Daß die Anzeige zufällig gegen den Absender A. gerichtet ist, ist unseres Erachtens gleichgiltig; sie hätte ebensogut den Käufer B. oder den Schiffer betreffen können, ohne den Parteien A. und B. gegenüber den Charakter eines zufälligen Ereignisses zu verlieren.

Besonders unbillig gegenüber dem Käufer B. ist diese Auffassung, wie Cosack meint, nicht. Man darf nicht außer Acht lassen, daß die Versendung regelmäßig im Interesse des Gläubigers erfolgt. Ohne die Versendungsabrede hätte der Schuldner an seinem Wohnsitze

1) So Endemann: Bd. I S. 577; Goose: S. 198.

zu leisten und der Gläubiger die Leistung dort in Empfang zu nehmen. Es erscheint daher keineswegs unbillig, in dem vorstehenden Beispiele dem Käufer A. die Gefahr aufzubürden.

Cosack läßt die Gefahr ferner dann auf den Schuldner zurückgehen, wenn er die begonnene Versendung aufgiebt.

Auch in diesem Punkte können wir uns seiner Ansicht nicht anschließen. Folgendes Beispiel mag zur Verdeutlichung dienen:

„A. hat auf Verlangen des Käufers B. 100 Ctr. Getreide an einen anderen Ort als den Erfüllungsort gesendet.

Mit dem Transporte hat er den Spediteur C. beauftragt, der das Getreide bis zu dem nächsten Flußhafen schaffen soll, von wo der Transport per Schiff erfolgen soll. Als das Getreide in der Hafenstadt eingetroffen ist, erteilt A. dem C. den Befehl, das Getreide nicht einem Schiffer zu übergeben, sondern in einem ihm, dem A. gehörigen Speicher abzuladen.

C. tut dies, und das in dem Speicher lagernde Getreide geht bei einem zufällig ausbrechenden Brande zu Grunde."

Nach Cosacks Meinung würde die Gefahr in dem vorstehenden Beispiele auf A. zurückgegangen sein. Dies ist aber unseres Erachtens unmöglich. Denn mit der Absendung hat sich das Schuldverhältnis auf die ausgeschiedenen 100 Ctr. beschränkt. Diese bilden jetzt allein den Leistungsgegenstand, bezüglich dessen der Käufer B. die Gefahr trägt. Dadurch daß A. schuldhafter Weise den Transport unterbricht und so den Untergang des

Getreides verursacht, wird dem V. die einmal auf ihn übergegangene Gefahr nicht wieder abgenommen. Es steht ihm jedoch frei, gegen A. wegen seines vertragswidrigen Verhaltens Ersatzansprüche geltend zu machen.

§ 5.

2. Annahmeverzug.

Die Gefahr geht ferner auf den Gläubiger über, ohne daß eine wirkliche Leistung erfolgt ist, wenn der Schuldner eine ordnungsgemäße Sache in der gehörigen Weise dem Gläubiger anbietet, dieser sie aber nicht annimmt und dadurch in Annahmeverzug gerät.[1]

Es ist diese Regelung die logische Folge des im § 243 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes. Denn der Schuldner, der dem Gläubiger die geschuldete Leistung in der Weise angeboten hat, daß dieser in Verzug kommt, hat damit alles getan, wozu er verpflichtet war.[2]

Aus dem Wortlaut des § 300 Abs. 2 BGB. geht zunächst klar hervor, daß zur Gefahrübertragung nicht jeder Annahmeverzug ausreicht. Es ist vielmehr erforderlich, daß dem Gläubiger die geschuldete Leistung angeboten wird, und daß er durch Nichtannahme in Verzug kommt.

In welcher Weise im einzelnen Falle das Angebot zu erfolgen hat, bestimmt sich nach dem betreffenden konkreten Schuldverhältnis.[3]

Zweifelhaft ist es, ob das Angebot stets ein reales sein muß, oder ob im Falle des § 295 BGB. ein

1) BGB. § 300 Abs. 2.
2) cfr. hierzu Kohler, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 17 S. 391 ff.
3) So Oertmann zu § 294;

verbales Angebot, und ob ferner auch der Verzug gemäß § 296 BGB. hinreicht, um den Gefahrübergang zu bewirken.[1]

Was zunächst den ersten Punkt anbelangt, so dürfte, wie auch die herrschende Meinung annimmt, in den Fällen des § 295 BGB. ein wörtliches Angebot genügen.

Es entspricht dies jedenfalls der Billigkeit. Wenn der Gläubiger bei einer Holschuld, trotz der Aufforderung des Schuldners, sich zur Empfangnahme der Leistung nicht einfindet, oder wenn er bei einer Bringschuld ausdrücklich erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde,[2] so ist dem Schuldner die vollständige Erfüllung des Schuldverhältnisses unmöglich gemacht.

Man wird allerdings verlangen müssen, daß bei einer Bringschuld der Gläubiger auch von dem Angebote wirklich Kenntnis erhalten hat, oder daß durch seine Schuld ihm das Angebot nicht zugehen konnte.

Ferner ist erforderlich zur Gefahrübertragung, daß der Schuldner eine abredegemäße Sache hinreichend aus der Gattung ausgeschieden hat. Dies ergibt sich unzweifelhaft aus § 300 Abs. 2,[3] welcher ausdrücklich das Angebot einer Sache, id est einer bestimmten individuellen Sache erfordert.

Ohne ein vorhergehendes Ausscheiden könnte man nicht von dem Angebote einer Sache sprechen, sondern

---

1) cfr. Oertmann: zu § 300 Nr. 2 b; Planck zu § 300, Anm. 3, Abs. 2; Schollmeyer zu § 300 Nr. 2; Scolny-Caro zu § 300, Abs. 3; Meyring zu § 300, Nr. 2, Abs. 2; Cosack: § 106, II 2.

2) § 295 BGB.

3) In Verbindung mit § 294 BGB.

höchstens von dem, die erforderliche Leistung vornehmen zu wollen.[1]

Hat im Falle des § 295 BGB. der Schuldner eine verabredungsgemäße Sache ausgeschieden und dem Gläubiger die ausgeschiedene Sache wörtlich angeboten, so geht die Gefahr auf den Gläubiger über, und zwar nicht nur bei einer Holschuld, sondern auch bei Bringschulden.[2] Denn auch bei diesen greifen die obigen Erwägungen Platz. Es kann dem Schuldner bei einer Bringschuld nicht zugemutet werden, nachdem ihm der Gläubiger erklärt hat, er lehne die Annahme ab, die Sache trotzdem zu ihm hinzuschaffen und sie ihm dort real anzubieten, um sich einer nochmaligen Ablehnung auszusetzen.

Etwas anders liegt der Sachverhalt im Fall des § 296 BGB. Entsprechend dem römischen Satze:

„dies interpellat pro homine"

bestimmt dieser Paragraph, daß, falls zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, und für diese Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, der Gläubiger ohne Weiteres in Verzug gerät, wenn er die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt, ohne daß es einer Mahnung oder eines Angebots bedarf.

Es fragt sich nun, ob auch im Falle des § 296 BGB. die Gefahr auf den Gläubiger übergeht.

Diese Frage ist zu verneinen. Zunächst fehlt es in diesem Falle an einer individuell bestimmten Sache. Außerdem verlangt § 300 Abs. 3 BGB. ausdrücklich ein

---

1) Ebenso Oertmann: a. a. O.; ferner Berndorff: S. 38. Schollmeyer: zu § 243.

2) Ebenso Planck: a. a. O.; anders Oertmann: a. a. O.

Angebot als Voraussetzung des Gefahrüberganges. Von einem Angebot ist im § 296 BGB. aber nicht die Rede. Bei dem klaren Wortlaute des § 300 Abs. 2 ist es nicht angängig, von dem Erfordernisse des Angebots, sei es eines realen, sei es eines wörtlichen abzusehen.[1]

Anderer Ansicht ist Scolny-Caro.[2] Er nimmt an, daß im Fall des § 296 BGB. die Gefahr übergehe, ohne daß ein besonderes wörtliches Angebot erforderlich sei.

Er steht auf dem Standpunkte, daß § 300 Abs. 2 BGB. nur den Normalfall des Real- und Verbal-Angebots im Auge habe, daß aber aus § 243 Abs. 2 BGB. die allgemeine Regel zu entnehmen sei, daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit durch zufälligen Untergang befreit werde, sobald er, sei es vor, sei es nach der Weigerung des Gläubigers, die Sache — Ware — anzunehmen, diese angeschafft und sich in Erfüllungsbereitschaft gesetzt habe.

Mit dem Wortlaut des § 300 Abs. 2 BGB. läßt sich diese Auffassung, wenn sie auch de lege ferenda unseres Erachtens zu berücksichtigen sein dürfte, nicht vereinigen.

Da die Haftung des Schuldners, wenn der Gläubiger sich im Annahmeverzug befindet, milder ist,[3] insofern er nur für dolus und culpa lata haftet, so ist der Umfang der Begriffe „Zufall" und „Gefahr" vom Standpunkte des Gläubigers aus betrachtet, umfassender als gewöhnlich. Denn während der Schuldner sonst im Allgemeinen

1) Ebenso Oertmann: a. a. O.; Schollmeyer: a. a. O.; Planck: a. a. O.

2) Scolny-Caro: zu § 300.

3) BGB. § 300 Abs. 1.

jedes Verschulden, also auch culpa levis, zu vertreten hat, so haftet er, wenn während des Verzuges des Gläubigers die Leistung ganz oder teilweise unmöglich geworden ist infolge von culpa levis, hierfür nicht.

Es liegt mithin in diesem Falle für das betreffende Schuldverhältnis ein Zufall im juristisch-technischen Sinne vor, für den der gemäß § 300 Abs. 2 BGB. im Annahmeverzug befindliche Gläubiger die Gefahr zu tragen hat.

§ 6.

3. Parteiabrede.

Abweichend von der gesetzlichen Regelung kann für den Übergang der Gefahr durch Parteiabrede ein anderer Zeitpunkt festgesetzt werden.[1]

Falls beim Vertragschlusse aber eine dahingehende Vereinbarung zwischen den Parteien nicht getroffen ist, so kann der Schuldner nicht durch einseitige Bestimmung den im Gesetze festgelegten Zeitpunkt des Gefahrüberganges verändern. Wie bei allen Schuldverhältnissen zur Veränderung der dispositiven Gesetzesnorm eine Einigung zwischen den Parteien erforderlich ist, so auch hier.

Eine einseitige Erklärung des einen Kontrahenten betreffend eine Änderung des Zeitpunktes des Gefahrüberganges kann nur als eine Offerte angesehen werden, deren Annahme dem anderen Kontrahenten freisteht.[2]

---

1) So Schollmeyer: zu § 243 Nr. 5 a; Oertmann zu § 446 Nr. 4 c; Scolny-Caro zu § 243 Nr. 3.

2) So Schollmeyer: a. a. O.

Wenn bei einer Gattungsschuld die Parteien, bevor der Schuldner gemäß § 243 Abs. 2 BGB. die Konkretisierung bewirkt hat, sich auf eine bestimmte Sache als die zu leistende einigen, so bewirkt diese Einigung nicht, wie Windscheid[1] annimmt, daß hiermit die Gattungsschuld auf diese Sache im Sinne des § 243 Abs. 2 BGB. beschränkt wird, die Gefahr also übergeht; der Vorgang ist vielmehr als eine Art Novation aufzufassen. Die Parteien heben durch eine derartige Abrede die Gattungsschuld auf und begründen ein neues Schuldverhältnis, und zwar eine Speciesschuld.[2]

Es gelten daher von der Vereinbarung an auch hinsichtlich des Gefahrüberganges nicht mehr die Regeln der Gattungsschuld, sondern die der Speciesschuld.

Wünschen die Parteien, daß neben der Einigung auf eine bestimmte Sache zugleich auch die Frage der Gefahrtragung geregelt werde, so müssen sie eine diesbezügliche Vereinbarung treffen.

§ 7.

4. Nachträgliche Gefahrerhöhung.

Während, wie sich aus der vorstehenden Darstellung ergiebt, im Allgemeinen der Gefahrübergang dann eintritt, wenn der Schuldner alles zur Erfüllung des Schuldverhältnisses seinerseits Erforderliche getan hat, giebt es doch einen Fall, in dem die Gefahr bereits in einem früheren Zeitpunkte auf den Schuldner übergeht, nämlich dann, wenn bei einem Schuldverhältnis, welches auf ein

1) Windscheid: § 252, Note 20.

2) So Haber: S. 38, 51; A. M. Endemann: § 119 Nr. 4, Anm. 12.

Bringen gerichtet ist,[1] der Gläubiger nach Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz verändert, und wenn dadurch die Gefahr des Transportes eine größere wird.

Bei Schuldverhältnissen auf Bringen muß der Schuldner die Sache zu dem Gläubiger schaffen,[2] d. h. an den Ort, wo derselbe zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Wenn nun der Gläubiger nachträglich seinen Wohnsitz verändert, so bleibt trotzdem die Verpflichtung des Schuldners, zu bringen, bestehen. Er hat also erst erfüllt, wenn die Sache dem Gläubiger an seinem neuen Wohnsitze übergeben ist. Sind aber durch die Veränderung des Wohnsitzes die Transportkosten und die Gefahr erhöht worden, so hat der Gläubiger gemäß § 270 Abs. 3 BGB. die Mehrkosten und die Gefahr der Übermittelung zu tragen,[3] und zwar die ganze Gefahr der Übermittelung, nicht nur die Gefahrerhöhung. Dies geht erstens aus dem Wortlaut des § 270 Abs. 3 BGB. unzweifelhaft hervor. Außerdem würde eine Teilung der Gefahr unmöglich sein und dem Schuldner gegenüber eine Unbilligkeit bedeuten.

Wenn der Gläubiger nachträglich seinen Wohnsitz verändert, so ist diese durch seine Willensentschließung veranlaßte Veränderung die Ursache dafür, daß ihm die Sache auf einem anderen Wege, als ursprünglich geplant, übermittelt werden muß. Wenn sie daher auf diesem neuen Wege von einem Unfall betroffen wird, so ist es nur gerechtfertigt, dem Gläubiger die Gefahr zur Last zu legen.

1) Wenn also Erfüllungsort der Wohnort des Gläubigers ist.
2) BGB. § 269.
3) So Oertmann zu § 447; cfr. Ihering a. a. O. S. 422 ff.

Es fragt sich nun, von welchem Augenblicke ab die Gefahr den Gläubiger trifft.

Offenbar von dem Zeitpunkte ab, in dem die Übermittelung beginnt.

Hier wird zu unterscheiden sein, ob es sich um eine Platz- oder Distanzeschuld handelt.

Bei der ersteren beginnt die Übermittelung, wenn der Schuldner oder der von ihm Beauftragte sich mit der Sache auf den Weg zum Gläubiger macht.

Bei der letzteren, bei denen sich der Gläubiger stets eines Transportunternehmens — Eisenbahn, Spediteur, Frachtführer usw. — bedienen wird, mit der Übergabe an die Transportperson oder Anstalt.

Daß der Schuldner in diesem Falle mit der Absendung bereits das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, und daß somit die Vorschrift des § 270 Abs. 3 nur ein Ausfluß der allgemeinen Regel des § 243 Abs. 2 ist, wird man nicht annehmen können. Denn da die Verpflichtung des Schuldners zum Bringen bestehen bleibt, so hat er erst alles getan, wenn die Sache dem Gläubiger an seinem neuen Wohnsitze übergeben ist.

Doch entspricht die singuläre Bestimmung des § 270 Abs. 3 durchaus der Billigkeit und den Erfordernissen des Verkehrs. Andernfalls könnte der Gläubiger, wenn er nachträglich seinen Wohnsitz verlegt, die Gefahr des Schuldners beliebig erhöhen, ohne daß diesem ein Abwehrmittel zu Gebote stände. Daß eine derartige Befugnis des Gläubigers für die Schuldner unerträglich ist, leuchtet sofort ein, wenn es sich bei der Verlegung des Wohnsitzes um größere Entfernungen handelt, wenn z. B. der

Schuldner nach Begründung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz von Berlin nach Kiaoutschau verlegt.

Der im § 270 Abs. 3 BGB. zum Ausdruck gebrachte Gedanke findet sich bereits im Römischen Recht und im Gemeinen Recht, wie unter anderem aus:

l. 12 § 1 D. dep. vel contra 16, 3 hervorgeht.[1]

IV. Anhang.

§ 8.

1. Wahlbefugnis des Gläubigers oder eines Dritten.

Nach der herrschenden Meinung kann die Bestimmung der zu leistenden Sache und damit der Gefahrübergang erfolgen durch Auswahl seitens des Gläubigers oder eines Dritten, falls bei Begründung des Schuldverhältnisses oder späterhin eine derartige Vereinbarung getroffen ist.[2]

Eine solche Befugnis des Gläubigers oder eines Dritten erscheint uns jedoch mit dem im BGB. zu Grunde gelegten Begriffe der Gattungsschuld unvereinbar.

§ 243 BGB. geht offenbar davon aus, daß der Schuldner stets die Ausscheidungsbefugnis hat.[3]

Würde dem Gläubiger oder einem Dritten die Befugnis zustehen, die Ausscheidung einer Sache mit konkretisierender Wirkung vorzunehmen, so würde mit der vollzogenen Ausscheidung auch die Gefahr übergehen, ohne daß der Schuldner in die Lage käme, in irgend einer Weise mitzuwirken. Dies Resultat widerspricht

---

1) cfr. auch l. 4. D. de edendo 2, 13.
2) So Oertmann: zu § 243 Nr. 3; Schollmeyer: zu § 243 Nr. 4.
3) I. Entwurf §§ 214, 213.

unseres Erachtens durchaus dem Prinzip des § 243 Abs. 2 BGB., nach welchem der Gefahrübergang nur erfolgt, wenn der Schuldner seiner Leistungspflicht genügt hat.

Derselben Ansicht ist Berndorff;[1] er nimmt an, daß in diesem Falle eine Speziesschuld vorliegt, bei der die Bestimmung der Leistung durch einen der Kontrahenten oder durch einen Dritten nach Maßgabe der §§ 315 bis 319 zu erfolgen hat. Geschuldet wird nach ihm diejenige spezielle Sache, die der Gläubiger oder der Dritte bestimmen wird.

Es liege daher eine sogenannte emtio speciei futurae vor, wie Jhering[2] sich ausdrückt.[3]

Wenn auch die Ansicht Berndorff's unseres Erachtens dem Sinne des BGB. mehr entspricht, als die herrschende, so hat sie jedoch einen Mangel.

Berndorff wird nicht in Abrede stellen können, daß in dem gewählten Beispiele der Leistungsgegenstand anfänglich generisch bestimmt ist. Wenn auch der Gläubiger oder der Dritte später eine Sache speziell bezeichnet, so besteht bis zu diesem Zeitpunkte jedenfalls eine Gattungsschuld.

Es ist daher unzulässig, ein derartiges Schuldverhältnis als eine Speziesschuld zu bezeichnen.

Unseres Erachtens ist die Sachlage ebenso zu beurteilen wie in dem oben erwähnten Falle, wenn sich die Parteien nachträglich über eine bestimmte Sache als die zu leistende einigen.

1) Berndorff S. 7 u. 4.

2) Jhering: a. a. O. S. 410 u. 411.

3) Ähnlich Regelsberger: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 49 S. 186.

Begründet ist zwar ursprünglich ein Gattungsschuldverhältnis. Aber in der Vereinbarung, der Gläubiger oder ein Dritter solle die zu leistende Sache bestimmen, ist die stillschweigende Abmachung enthalten, daß mit der erfolgten Bestimmung einer speziellen Sache die ursprüngliche Gattungsschuld aufgehoben sein und an ihre Stelle eine Speciesschuld treten solle. Die Tätigkeit des Gläubigers oder des Dritten ist die Bedingung dieser Umwandlung. Sie liegt nicht im Rahmen der Gattungsschuld selbst, sondern beruht auf einer Nebenabrede, und bewirkt daher weder Konkretisierung der Gattungsschuld noch Gefahrübergang.

§ 9.

Ius variandi.

Nachdem wir vorstehend erörtert haben, wann im Allgemeinen bei Gattungsschuldverhältnissen der Gefahrübergang erfolgt, wollen wir im Anschlusse hieran noch kurz einige Wirkungen besprechen, welche die Konzentration der Gattungsschuld zur Folge hat.

Wie wir gesehen haben, geht mit der Konzentration der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache die Gefahr dieser Sache auf den Gläubiger über.

Es fragt sich nun, und diese Frage gehört mit zu den bestrittensten des gemeinen Rechts, ob es dem Schuldner trotz der Konzentration frei steht, die betreffende Sache beliebig durch eine andere derselben Gattung zu ersetzen, oder ob der Gläubiger mit der Konkretisierung einen Anspruch auf Leistung gerade der ausgeschiedenen Sache erlangt hat.

Mit der Mehrzahl der Juristen sind wir der Ansicht daß dem Schuldner dies sogenannte ius variandi nach der Konzentration nicht mehr zusteht.[1]

Denn nach der Beschränkung auf einen bestimmten Leistungsgegenstand untersteht das Schuldverhältnis den Regeln der Speciesschuld. Wie bei dieser, hat der Schuldner kein Recht, den einmal feststehenden Leistungsgegenstand durch einen anderen zu ersetzen.

Diese Folge der Konzentration erscheint, soweit es sich um nicht vertretbare Sachen handelt, unbedenklich.

Bei vertretbaren Sachen und bei der durch Annahmeverzug bewirkten Konzentration scheint sie allerdings auf den ersten Blick eine gewisse Härte gegen den Schuldner in sich zu schließen. Schon in der II. Kommission wurde darauf hingewiesen, daß diese Folge der Konzentration bedenklich sei, und Abänderungsvorschläge gemacht.[2]

Dieselben fanden jedoch in das BGB. keine Aufnahme, und zwar durchaus mit Recht. Denn tatsächlich bedeutet der Verlust des ius variandi für den Schuldner keine unberechtigte Härte.

Anderer Ansicht sind von bekannten Juristen nur Bekker[3] und Cosack.[4]

Wie wenig jedoch ihre Auffassung den Ansprüchen des Verkehrs gerecht wird, geht aus dem von Bekker selbst angeführten Beispiele hervor:

---

1) So Berndorf S. 39; Haber S. 36; Oertmann zu § 243; Planck: ebenda; Schollmeyer: ebenda; Scolny-Caro: S. 273.

2) In Betracht kommen kann bei dieser Frage die Konzentration, nur soweit sie eintritt vor der Uebergabe der Sache an den Gläubiger.

3) Bekker: Jahrbücher des Gem. Rechts, Bd. V S. 385 ff.

4) Cosack: Bd. I S. 296.

„Ein Bremer Haus kauft in Hamburg 10 Stück einer ausgelosten Serie eines Prämienanlehns zu einer Zeit, wo die Nummerziehung schon begonnen. Der Hamburger übergiebt 10 Stück in einem Paket der Privatpost, die zwischen Bremen und Hamburg geht, unter der Adresse des Bremer Hauses.

Bald nachher erfährt er durch unerwartete telegraphische Depesche, daß auf eine jener 10 Nummern ein Hauptgewinn gefallen ist.

Nun entsendet er reitende Boten, einmal die Auslieferung des Paketes zu hintertreiben, sodann rechtzeitig 10 andere Stück dem Bremer zu liefern."

Bekker ist der Ansicht, daß bei dem obigen Beispiel die Hamburger Firma zu ihrem Vorgehen prinzipiell berechtigt sei. Man könne höchstens annehmen, daß auf Grund einer besonderen, wenn auch stillschweigenden Vereinbarung der Parteien dieses Recht des Absenders ausgeschlossen sei.

Auf Grund der Ihering'schen Lieferungstheorie,[1] der wir uns für das Gemeine Recht, wie oben erwähnt, anschließen, kommt man zu demselben Ergebnisse, ohne eine besondere Vereinbarung annehmen zu müssen.

Für das BGB. ist dem Absender durch den Wortlaut des § 243 Abs. 2 ein derartiges Recht entzogen. Denn mit der Absendung hat im obigen Beispiele die Hamburger Firma alles zur Leistung ihrerseits Erforderliche getan, und es ist daher mit diesem Momente die Gattungsschuld auf die 10 abgesandten Lose beschränkt. Diese bilden mithin nunmehr allein den Gegenstand des

1) Ihering: a. a. O.

Schuldverhältnisses. Der Schuldner kann sie daher nach der Absendung nicht mehr mit anderen vertauschen.

Anderer Meinung ist Cosack.[1] Seine Auffassung kommt der Bekker'schen ziemlich nahe Er sieht das für den Verlust des ius variandi des Absenders wesentliche Moment in der Kenntnis des Gläubigers von der Absendung.

Dementsprechend führt er aus, daß, wenn B. dem A. auf dessen Bestellung ein Lotterielos zugesandt habe, zwar durch die Absendung die Konzentration eingetreten sei, daß aber B. berechtigt bleibe, ein anderes Los zu liefern, solange nicht das zuerst abgesandte bei A. angekommen, oder A. von der Absendung Kenntnis erhalten habe.

Die Cosack'sche Auffassung, insbesondere das Erfordernis der Kenntnis beim Gläubiger, läßt sich aus dem BGB. unseres Erachtens in keiner Weise begründen.[2]

Auch die durch Annahmeverzug gemäß § 300 Abs. 2 BGB. veranlaßte Konzentration hat für den Schuldner den Verlust des ius variandi zur Folge. Hier zeigt sich allerdings, wie erwähnt, eine gewisse Härte dem Schuldner gegenüber, namentlich, wenn es sich um vertretbare Sachen, in erster Linie um Geld, handelt.

Der Schuldner ist, wenn er dem Gläubiger die geschuldeten 200 Mark in 10 Zwanzigmarkstücken angeboten hat, und wenn der Gläubiger durch Nichtannahme des Angebots in Verzug geraten ist, verpflichtet, genau dieselben Geldstücke aufzubewahren und sie später dem

1) Cosack: a. a. O.

2) So Goldmann und Lilienthal: S. 142 Nr. 4; Planck: zu § 243, Note 4.

Gläubiger, der ja jeder Zeit den Annahmeverzug beendigen kann, zu übergeben.

Diese Härte, welche der Verlust des ius variandi in diesem und in ähnlichen Fällen unbestreitbar für den Schuldner bedeutet, ist indessen nicht so schwerwiegend, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte.

Man braucht nicht mit Schollmeyer[1] anzunehmen, daß die durch Konkretisierung aus einer Gattungsschuld entstandene Speciesschuld auch nach der Umwandlung noch besonderen Grundsätzen unterliege, oder gar mit Dernburg[2] zu der Fiktion zu greifen, daß die Konkretisierung noch nicht erfolgt sei.

Die im Gesetze selbst gegebenen Mittel genügen vollständig, um den Schuldner vor all zu großer Benachteiligung zu schützen.

Der Schuldner hat zunächst bei der durch Annahmeverzug herbeigeführten Konzentration alle die Rechte, die ihm gegeben sind, falls sich bei einer Speciesschuld der Gläubiger im Annahmeverzuge befindet. Er kann die Sache hinterlegen, unter Umständen den Selbsthilfeverkauf vornehmen, den Besitz des geschuldeten Grundstückes aufgeben[3] und sich so von jeder Verbindlichkeit befreien.

Überdies ist zu berücksichtigen, daß der Schuldner, falls er durch seine Schuld außer Stande ist, dem Gläubiger die angebotenen Sachen zu geben, zwar schadensersatzpflichtig ist, daß aber dieser Schadensersatz

---

1) Schollmeyer: zu § 243 Nr. 6.

2) Dernburg: BGB., Bd. II S. 29.

3) BGB. §§ 293 ff, 272 ff, 383. Der Einwand Labands: Archiv für civilistische Praxis Bd. 73 S. 175 ff, daß die Unwiderruflichkeit der Konzentration bei leicht verderblichen Sachen zu absurden Konsequenzen führe, ist somit nicht stichhaltig.

regelmäßig in der Leistung gleichwertiger Sachen derselben Gattung besteht. Bei vertretbaren Sachen, z. B. Geld, ist die Beschaffung der als Ersatz zu gebenden Stücke leicht ausführbar und belastet den Schuldner nicht zu sehr.

Nur wenn der Gläubiger gerade an der Leistung der angebotenen Sachen ein nachweisbares Interesse hat, so muß ihm der Schuldner auch dieses ersetzen.

§ 10.

3. Verhältnis der Konzentration zur Individualisierung.

Eine weitere Streitfrage ist die, in welchem Verhältnis die Konzentration zur Individualisierung (Ausscheidung) steht, ob speziell zur Konkretisierung unter allen Umständen eine Ausscheidung erforderlich ist

Aus unserer früheren Darstellung geht bereits hervor, daß zur Konkretisierung die Ausscheidung allein nicht ausreichend ist; denn mit ihr hat der Schuldner noch nicht alles getan, was zur Leistung seinerseits erforderlich ist.

Auf der anderen Seite ist die Individualisierung nicht immer zur Konzentration erforderlich, wie Jhering[1] überzeugend ausgeführt hat.

Einen anderen Standpunkt nimmt auch hier Bekker ein.

Er läßt, wie bereits oben erwähnt ist,[2] die Konzentration zwar mit der Leistung eintreten, verlangt aber zur Leistung stets eine Individualisierung.

---

1) Jhering a. a. O.

2) cfr. S. 36 ff. der Abhandlung.

Jhering[2] führt zur Verdeutlichung seiner Auffassung folgendes Beispiel an:

„Bei dem Handlungshause N. bestellte der A. in X., der B. in Y. unabhängig von einander jeder 600 Ztr. Kohlen. Das Handlungshaus übergab nun 1200 Ztr. dem Flußschiffer P., der sowohl in X., als auch in Y. anzulegen pflegte. Letzterer verlud nun 800 Ztr. auf ein großes und 400 Ztr. auf ein kleineres Schiff. In der Nacht vor der beabsichtigten Abfahrt ging das kleinere Schiff, welches die 400 Ztr. geladen hatte, im Sturme mit der Ladung unter. P. fuhr nun mit dem anderen, 800 Ztr. enthaltenden Schiff ab und lud beim A. in X., wo er zuerst anlegte, 600 Ztr. ab; B. in Y. erhielt demgemäß nur 200 Ztr. Letzterer wollte nun auch blos für 200 Ztr. den Kaufpreis bezahlen, wogegen das Handlungshaus in N. den Preis für volle 600 Ztr. verlangte. Es wurde jedoch mit seiner Klage abgewiesen, weil es den Beweis nicht zu führen vermochte, daß die untergegangenen 400 Ztr. speziell für den Beklagten waren ausgeschieden worden."

Nach Jhering ist in diesem Falle die Gefahr der verladenen Kohlen auf die Käufer übergegangen.

Nach Bekker dagegen nicht, da es an einer ausreichenden Individualisierung fehle.

Das BGB. hat sich, wie auch die herrschende Lehre annimmt, der Jhering'schen Auffassung angeschlossen.

Die Konzentration erfolgt, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.[2]

---

1) Jhering a. a. O. S. 366 ff.
2) BGB. § 243 Abs. 2.

Soll er also „schicken", so hat er alles Erforderliche getan, wenn er abgesandt hat.[1] Daß er außerdem die abgesandte Sache noch individualisieren müsse, ist nirgends gesagt. Es wäre dies nur dann nötig, wenn es zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist.[2]

Der Absender kann sicherlich dann von einer Individualisierung absehen, wenn er von den Empfängern zur gemeinsamen Verladung ermächtigt worden ist. Dabei ist es aber keineswegs nötig, daß diese Ermächtigung ausdrücklich erteilt ist, sie kann auch ebenso gut stillschweigend gegeben werden.

Eine solche stillschweigende Ermächtigung kann man immer dann annehmen, wenn eine gemeinschaftliche Versendung verkehrsüblich ist oder im Interesse der Parteien, etwa mit Rücksicht auf die Kostenersparnis, liegt.

So wird man niemals verlangen können, daß ein Kohlenhändler, bei welchem zwei Kunden je 1 Ztr. Kohlen bestellt haben, beiden innerhalb derselben Stadt ihr Quantum abgesondert zusendet.

Auch in dem obigen Beispiele hat der Kohlenlieferant dadurch, daß er die bestellten Kohlen ungesondert dem Flußschiffer übergab, seiner Leistungspflicht vollständig genügt.

Die Gefahr ist damit auf die Käufer A. und B. übergegangen, und der Kohlenhändler hat Anspruch auf Bezahlung der untergegangenen 400 Ztr.

Bekker stützt seine Behauptung, daß eine Individualisierung immer nötig sei, hauptsächlich darauf,

---

1) Dies folgt auch aus § 474 Abs. 1

2) Ebenso Oertmann: zu § 243 und Cosack S. 401; Haver S. 60.

daß der Kohlenlieferant nicht beweisen könne, daß die 400 Ztr. gerade dem B. untergegangen sind, und daß nicht ersichtlich sei, warum B. darunter zu leiden haben soll, daß der Schiffer zuerst bei A. abgeladen hat und nicht bei ihm.

Diese Bedenken Bekkers sind unzweifelhaft begründet, allein sie betreffen nicht die Frage der Gefahrtragung, sondern die davon verschiedene und hier nicht zu behandelnde Frage, wie der Schade zwischen A. und B. zu verteilen ist.

§ 11.

V. Zusammenfassung.

Wenn wir das Ergebnis unserer Darstellung noch einmal kurz zusammenfassen, so sehen wir, daß nach BGB. bei Gattungsschulden die Konzentration und damit der Gefahrübergang erfolgt:

I. Mit der Leistung d. h. mit der Übergabe einer der vereinbarten Gattung angehörigen ordnungsgemäßen Sache am Erfüllungsorte und zwar:
   1. Bei Hol- und Bringschulden an den Gläubiger oder dessen Stellvertreter direkt.
   2. Bei Schickschulden (Schulden mit Versendungsgedinge) an die zum Transporte bestimmte Person oder Anstalt.

II. Vor der Leistung:
   1. Dadurch, daß der Gläubiger durch Nichtannahme der ausgeschiedenen und ihm real oder verbal angebotenen Sache in Annahmeverzug kommt.
   2. Durch besondere Parteivereinbarung, wobei bei

einseitigen Verträgen jede Vereinbarung über die Konzentration genügt, während bei gegenseitigen Verträgen die Vereinbarung sich unmittelbar auf die Gefahrübertragung richten muß.

3. Wenn bei Bringschulden der Schuldner nachträglich seinen Wohnsitz verlegt hat, und dadurch eine Erhöhung der Gefahr eingetreten ist, mit dem Beginn der Übermittelung, und zwar bei Platzschulden mit der Entfernung der Sache von ihrem Lagerort, bei Distanceschulden mit der Übergabe an eine geeignete Übermittelungsperson oder Anstalt.

Nachdem wir im ersten Teil unserer Abhandlung die allgemeinen Grundsätze des Gefahrüberganges bei Gattungsschulden behandelt haben, werden wir nunmehr im zweiten Teil untersuchen, wie sich der Gefahrübergang bei den einzelnen Schuldverhältnissen gestaltet.

Für unsere Darstellung kommen die Schuldverhältnisse nur soweit in Betracht, als ihr Leistungsgegenstand generisch bestimmt sein kann. Wir werden also außer dem Darlehen, welches notwendig eine Gattungsschuld erzeugt, zu behandeln haben Kauf, Tausch, Schenkungsversprechen, Werklieferungsvertrag, Pfandvertrag, ferner Miete, Pacht, Nießbrauch und Verwahrung, die letzteren fünf in ihrer irregulären Form.

Zum Schlusse werden wir uns dann noch mit dem Gattungs-Vermächtnisse zu beschäftigen haben.

In der Reihenfolge schließen wir uns an das BGB. an.

Besonderer Teil.

§ 12.

Gefahrübergang beim Gattungskaufe.

Der Gattungskauf ist ein Kauf, bei dem als Äquivalent für den Kaufpreis nicht ein oder mehrere bestimmte Objekte zu leisten sind, sondern bei dem der Kaufgegenstand nach seiner Art oder Gattung, nach Qualität und Quantität bestimmt ist. [1]

Der beschränkt-generische Kauf ist, wie wir im ersten Teil der Abhandlung dargelegt haben, entweder als Gattungskauf oder als alternativer Kauf aufzufassen.

Ob bereits in den römischen Quellen der Gattungskauf erwähnt wird, ist zweifelhaft, wird aber von der herrschenden Meinung bejaht. [2] Eine Erörterung dieser Frage würde an dieser Stelle zu weit führen.

Da der Kauf ein gegenseitiger Vertrag ist, so ist der Käufer, wenn die Gefahr auf ihn übergegangen ist, verpflichtet, seine Geldleistung zu bewirken, auch wenn die Leistung des Kaufgegenstandes durch Zufall ganz oder teilweise unmöglich geworden ist.

1) cfr Dernburg: Pandekten, Bd. II § 94.
2) cfr. hierzu Berndorff: § 9 und die dort Citierten.

Die verschiedenen gemeinrechtlichen Theorien über den Zeitpunkt des Gefahrüberganges haben wir bereits im ersten Teile der Abhandlung dargestellt.

Entsprechend der allgemeinen Regel des § 243 Abs. 2 BGB. geht die Gefahr dann auf den Käufer über, wenn der Verkäufer alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Die Verpflichtung des Verkäufers besteht darin, dem Käufer eine abredegemäße Sache zu Eigentum zu übergeben. Hat er dieser Pflicht genügt, so hat er damit die Gefahr auf den Käufer übertragen.

Da bei beweglichen Sachen im Allgemeinen nach § 929 BGB. zur Eigentumsübertragung außer der dinglichen Einigung nur die Übergabe erforderlich ist, so geht in der Regel bei ihnen die Gefahr mit der Tradition über.

Dementsprechend bestimmt auch § 446 Abs. 1 BGB. Folgendes:

„Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über."

Da der Paragraph ganz allgemein gefaßt ist, so findet er zweifellos auch auf den Gattungskauf Anwendung. [1]

Das BGB. hat sich mit dieser Bestimmung, wie erwähnt, dem alten deutschen Rechte [2] und im Wesentlichen auch dem Allgemeinen Landrecht angeschlossen. [3]

1) Ebenso Oertmann: zu § 446 Nr. 3; Endemann: § 157; Cosack § 122, Nr. 7.

2) Motive II S. 206.

3) Cosack: S. 398, ALR. I, 11, § 95.

Unter Übergabe im Sinne des § 446 Abs. 1 BGB. ist nicht nur die Übertragung des unmittelbaren Besitzes gemäß § 854 BGB. zu verstehen, sondern auch alle die Rechtshandlungen, die im Sachenrechte hinsichtlich der Eigentumsübertragung an die Stelle der Tradition treten können, die sogenannten Traditionssurrogate. [1]

So die brevi manu traditio und das constitutum possessorium.

Bei der brevi manu traditio dürfte dies keinem Zweifel unterliegen.

Auch bei dem constitutum possessorium wird man sich unbedenklich auf diesen Standpurkt stellen können. In dem Augenblicke, wo der Verkäufer den Käufer zum mittelbaren Besitzer und damit zum Eigentümer macht, hat er alles getan, wozu er verpflichtet war. Es wäre mehr als unbillig, ihm trotzdem die Gefahr noch weiterhin aufzubürden.

Sehr zweifelhaft ist es, ob auch die Abtretung des dem Verkäufer gegen einen Dritten zustehenden Anspruches auf Herausgabe der betreffenden Sache, die sogenannte Vindikationscession, zur Gefahrübertragung genügt. [2]

Diese Frage ist unseres Erachtens zu bejahen für den Fall, daß sich der Käufer mit dieser Art der Leistung einverstanden erklärt. Denn dann hat der Verkäufer mit der Cession seiner Leistungspflicht voll genügt.

Wenn der Verkäufer dagegen ohne Zustimmung des Käufers die Abtretung vornimmt, so befreit er sich dadurch noch nicht von der Gefahr. Denn da der Käufer

1) BGB. §§ 929, 930; so Oertmann: zu 446 Nr. 1 a; Cosack: § 122 Nr. 6; Planck: hinsichtlich der brevi manu traditio, während er von dem constitutum possessorium nichts erwähnt.

2) BGB. § 931.

einen Anspruch darauf hat, daß der Verkäufer ihm die Sache tradiert,[1] so hat der Verkäufer mit der bloßen Abtretung seines Herausgabeanspruches noch nicht alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan.[2]

Wenn die Übergabe im Sinne des § 466 Abs. 1 BGB. nicht durch reale Tradition, sondern durch eines der genannten Surrogate erfolgt, so muß, damit die Gefahr übergeht, noch ein weiteres Erfordernis erfüllt sein. Die Sache muß nämlich in irgend einer Weise ausgeschieden sein, da sonst von einer bestimmten zu leistenden Sache nicht gesprochen werden kann.

Abweichend ist der Gefahrübergang bei Grundstücken geregelt.[3]

Grundstücke werden allerdings nur selten als Gegenstand eines Gattungskaufes vorkommen.

Möglich ist es indessen immerhin. Man denke nur an den Geschäftsverkehr der großen Terrain- und Baugesellschaften und an den der Häuserspekulanten.

Im Allgemeinen ist auch bei Grundstücken die Übergabe in dem oben entwickelten Sinne für den Gefahrübergang entscheidend, vorausgesetzt, daß sie vor der Eintragung des Käufers in das Grundbuch erfolgt.

Geht dagegen die Eintragung der Übergabe voraus, so geht bereits mit jener die Gefahr auf den Käufer über.

Die Bestimmung entspricht allerdings nicht dem Grundsatze, daß die Gefahr erst übergeht, wenn der Verkäufer alles zur Leistuug seinerseits Erforderliche getan hat. Denn der Verkäufer eines Grundstückes ist

1) § BGB. § 433.
2) So Cosack a. a. O.; Oertmann a. a. O.
3) BGB. § 446 Abs. 2.

zur Übergabe und Auflassung verpflichtet. Läßt er also auf, ohne zu übergeben, oder übergiebt er, ohne aufzulassen, so hat er seiner Leistungspflicht nicht genügt. Den Interessen des Grundstücksverkehrs entspricht diese Regelung indessen zweifellos, desgleichen auch der Billigkeit.

Denn wenn der Verkäufer übergeben hat, ohne daß die Auflassung sofort erfolgt, so ist der Käufer tatsächlich in der Lage, über das Grundstück zu verfügen. Dasselbe ist dem Machtbereich des Verkäufers vollständig entzogen. Es wäre daher sehr hart, wenn man ihm die Gefahr noch weiter aufbürden wollte, ohne daß er in der Lage ist, irgenwie auf das Grundstück einzuwirken.

Das BGB. hat mit der Bestimmung des § 446 Abs. 2 eine sehr bestrittene Frage des Preußischen Grundbuchrechtes entschieden.[1]

Die Übergabe bewirkt auch dann den Gefahrübergang, wenn sie in nicht vertragsmäßiger Weise erfolgt.[2]

Der Käufer kann allerdings die Vertragswidrigkeit rügen und eventuell Ersatzansprüche geltend machen. Indessen ist im BGB. an keiner Stelle eine Bestimmung darüber enthalten, daß dem Käufer deswegen die Gefahr der übergebenen Sache abgenommen werde.

Leistet der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so geht, wie wir im ersten Teile der Abhandlung[3] gesehen haben, die Gefahr nicht auf den Käufer über.

Dasselbe muß gelten, falls die Sache dem Verkäufer wegen eines Mangels im Rechte wieder evinciert wird.

1) Dernburg: Preuß. Privatrecht, V. Aufl., Bd. 1. § 242, Nr. 4 und die dort Citierten.

2) Cosack: § 122 Nr. 8.

3) Abhandlung S. 41.

Gefahrübergang bei dem generischen Distanzekauf.

Im Zweifel sind alle Schulden, mit Ausnahme der Geldschulden, Holschulden.[1]

Daraus ergiebt sich, daß der Käufer im Zweifel die Sache vom Verkäufer abholen muß, daß also die Übergabe in der Regel beim Verkäufer zu erfolgen hat.

Sehr häufig kommt es indessen gerade beim Kaufe vor, daß vereinbart wird, der Verkäufer solle dem Käufer die Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort senden. Es ist dies der Fall des sogenannten Distanze- oder Versendungskaufes.

Da eine solche Vereinbarung nicht einen von dem Kaufvertrage getrennten Zweck verfolgt, so ist es unrichtig, sie als ein selbständiges Rechtsgeschäft aufzufassen. Es ist falsch, wenn Endemann[2] hier einen Auftrag annimmt. Es liegt vielmehr nur eine dem Kaufvertrage beigefügte Nebenverpflichtung des Verkäufers vor.

Wesentlich ist dem Distanzekaufe, daß der Erfüllungsort und der Bestimmungsort der Ware auseinanderfallen; ist dies nicht der Fall, so liegt kein Distanzekauf vor, sondern ein gewöhnlicher Kauf, der auf ein „Bringen" gerichtet ist.

Cosack[3] spricht dann von einem qualificierten Versendungskaufe. Für diesen gilt die allgemeine Bestimmung, daß die Gefahr erst mit der Übergabe der Sache an den Käufer übergeht.

Das BGB. regelt den Gefahrübergang beim Distanze-

---

1) BGB. §§ 269, 270.

2) Endemann: Bd. I, § 160, Nr. 4, Abs. 3; Fischer und Henle § 447, Note 1.

3) Cosack: § 124, Note 2 a.

kaufe im § 447, der auch für Gattungsschulden gilt; § 447 lautet:

„Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat."

Das BGB. hat sich mit dieser Bestimmung der Ihering'schen Lieferungstheorie angeschlossen und entspricht auch dem Allgemeinen Landrecht,[1] wenigstens im Resultate.

Die Voraussetzungen des Gefahrüberganges gemäß § 447 BGB. sind folgende.

1. Der Verkäufer muß die Sache auf Verlangen des Käufers versenden.[2] Der Gefahrübergang tritt mithin nicht ein, falls er die Versendung aus freien Stücken vornimmt. Diese Regelung, die sich aus dem Wortlaut des § 447 BGB. unzweifelhaft ergiebt, entspricht auch den Forderungen eines gesicherten Rechtsverkehres. Denn andernfalls könnte der Verkäufer völlig nach Belieben die Gefahr auf den Käufer abwälzen, falls ihm die Sache an seinem Wohnorte irgendwie bedroht erscheint.

Das Verlangen des Käufers braucht nicht immer ausdrücklich erklärt worden zu sein. Es genügt, wenn

1) ALG. I, 11, 128 ff. Nach ALR. gilt die Absendung als Uebergabe, somit ist nach ALR. auch hier der Gefahrübergang die direkte Folge der Uebergabe.

2) So Cosack: § 124. Nr. 2 b; Oertmann: zu § 447 Nr. 3.

aus den Umständen erhellt, daß ein dahingehender Parteiwille vorhanden ist.[1] Dies ist z. B. der Fall, wenn jemand bei einem in einer anderen Stadt wohnhaften Zigarrenhändler eine Kiste Zigarren bestellt.

Regelmäßig ist ein solches Verlangen anzunehmen, wenn der Verkäufer ausdrücklich die Verpflichtung zur Versendung übernommen hat.[2]

Die Verpflichtung braucht nicht in den Kaufvertrag selbst aufgenommen zu sein, sie kann ebensogut in einem Nebenabkommen enthalten sein. Zur Gefahrübertragung genügt es ferner, wenn der Verkäufer, ohne auf Grund des Kaufvertrages dazu verpflichtet zu sein, freiwillig auf Wunsch des Käufers die Versendung vornimmt.

Stets ist ein Verlangen des Käufers als vorliegend anzunehmen, wenn er den Kaufvertrag abgeschlossen hat auf Grund einer Offerte des Verkäufers, in der sich dieser zur Übernahme der Versendung bereit erklärte.

In der Übernahme der Transportkosten ist an sich noch keine Übernahme der Versendungsgefahr zu sehen. Ausdrücklich war dies im Alten Handelsgesetzbuch, Art. 345 Abs. 2 gesagt. Für das BGB. ergiebt sich dasselbe aus § 269 Abs. 3.[3]

2. Sodann muß eine wirkliche Versendung vorgenommen werden, d. h. die Sache muß von ihrem Standort hinweg nach einem anderen vom Käufer bestimmten Orte gebracht werden. Nicht nötig ist, daß die Sache nach einer anderen Gemeinde gebracht wird,[4] es

1) So Oertmann a. a. O.
2) Oertmann a. a. O.
3) Laband: Archiv für civilist. Praxis, Bd. 74 S. 317.
4) Oertmann: zu § 447 Nr. 4.

giebt auch eine Versendung innerhalb eines und desselben Gemeindebezirkes.

Zweifelhaft ist es, ob die Bestimmungen des § 447 BGB. auch dann zur Anwendung zu bringen sind, falls der Verkäufer die Versendung persönlich ausführt oder durch einen seiner Angestellten besorgen läßt.

Cosack[1] bedauert, daß im § 447 BGB. dieser Fall nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Er wendet die Bestimmungen des § 447 analog an. Der entscheidende Moment für den Gefahrübergang liegt nach ihm, der veränderten Sachlage entsprechend, darin, daß die betreffende Person sich mit der betreffenden Sache von deren bisherigen Lagerorte wegbegiebt.[2]

Wie bereits im allgemeinen Teile dargelegt ist,[3] schließen wir uns der Cosack'schen Ansicht nicht an, da unseres Erachtens § 447 Abs. 1 BGB. auf derartige Fälle keine Anwendung finden kann.

Doch muß zugegeben werden, daß Cosacks Ansicht de lege ferenda manches für sich hat.

Meistenteils wird indessen, falls der Verkäufer die Versendung selbst besorgt, eine analoge Anwendung des § 447 Abs. 1 BGB. schon um deswillen ausgeschlossen sein, weil der Vertrag in einem derartigen Falle nicht auf ein „Schicken", sondern auf ein „Bringen" gestellt sein wird, Bestimmungsort der Ware und Erfüllungsort des Schuldverhältnisses also zusammenfallen.

Fassen wir das Resultat unserer Darstellung noch

---

1) Cosack: S. 412.
2) Cosack: S. 412; Oertmann: zu § 447 Nr. 4.
3) cfr. S. 46 ff der Abhandlung.

einmal kurz zusammen, so ergiebt sich, daß die Gefahr beim Gattungskaufe übergeht:

1. Durch Übergabe einer gehörigen Sache (bezw. Eintragung),
2. durch Absendung einer solchen Sache im Falle des Distanzkaufes,
3. durch Annahmeverzug.

Als Anhang wollen wir noch eine besondere Art des Gattungskaufes behandeln, den sogenannten Specifikationskauf.

Derselbe ist im BGB. nicht besonders erwähnt, wohl aber im Handelsgesetzbuch § 375. Indessen kann ein derartiger Kauf auch im Gebiete des bürgerlichen Rechtes vorkommen.

Das Wesen des Specifikationskaufes besteht darin, daß ein Kaufvertrag abgeschlossen wird über eine Quantität generisch bestimmter Sachen, wobei dem Käufer das Recht eingeräumt wird, die gewöhnlich ziemlich allgemein gehaltene generelle Bestimmung durch Angabe weiterer Unterscheidungsmerkmale näher zu fixieren.

Es kauft z B. jemand eine Quantität Eisen, behält sich aber die Bestimmung darüber vor, in welcher Form das Eisen geliefert werden soll, ob als Eisenblech oder als Eisendraht.

Die rechtliche Natur dieses Kaufes ist bestritten.

Cosack[1] definiert ihn als Gattungskauf mit Wahlrecht des Gläubigers.

„Der Vertrag ist unbedingter Kauf über Gattungssachen mit Wahlrecht des Käufers."

Wie wir schon im ersten Teile dargetan haben, scheint uns ein derartiges „Wahlrecht" des Gläubigers mit der Natur der Gattungsschuld nicht vereinbar zu sein.[2]

Beim Spezifikationskauf soll aber der Käufer nicht „wählen" d. h. die Individuasierung vornehmen.

Seine Tätigkeit ist vielmehr eine andere. Er soll an Stelle des bisher sehr ausgedehnten und unbestimmten Gattungsbegriffes durch Angabe neuer Merkmale einen engeren und bestimmteren setzen. Er soll die bisher ganz allgemein gefaßte Verpflichtung des Verkäufers näher präzisieren.[3]

Hat er diese engere Bestimmung vorgenommen, so ist nicht etwa die Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache konzentriert worden, sondern es besteht nach wie vor eine generische Verpflichtung des Verkäufers. Der Gefahrübergang erfolgt mithin nicht durch die Spezifikation, sondern erst, wenn nunmehr der Verkäufer das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Gattungskaufes.

Verzögert der Gläubiger die Spezifikation, so steht

1) Cosack: Handelsrecht, 4 Aufl., S. 211 Nr. 5; cfr. ferner Lachner: Der Spezifikationskauf; Oertmann: Der Kauf mit Spezifikation, Archiv für civilist. Praxis, Bd. 85, S. 202 ff; Kohler: Annahme und Annahmeverzug in Jahrb für Dogm, Bd. 17 S. 358, 359.

2) Folgt u. E. aus § 243, Abs. 2 BGB.

3) Berndorff: S. 99.

dem Schuldner nach HGB.[1] das Recht zu, die Specifikation selbst zu bewirken. Er muß die getroffene nähere Bestimmung dem Käufer mitteilen mit der Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist eine andere Bestimmung zu treffen, widrigenfalls die durch ihn getroffene maßgebend ist. Die Konzentration und der Gefahrübergang findet nunmehr nach den gewöhnlichen Regeln des Genuskaufes statt.

Das BGB. enthält, wie erwähnt, keine besonderen Regeln über den Specifikationskauf. Es werden jedoch die Bestimmungen des HGB. entsprechend anzuwenden sein.[2]

Die Regeln des Kaufes gelten auch für den Tausch.[3]

Mithin erfolgt auch der Gefahrübergang beim Gattungstausche nach denselben Grundsätzen wie bei dem Gattungskauf.[4]

Eine Verschiedenheit tritt nur hinsichtlich der Gegenleistung hervor. Während diese bei dem Kaufe in Geld bestehen muß, die Gefahr also im Zweifel erst mit der Übergabe auf den anderen Teil übergeht,[5] und der Käufer daher die Gefahr der Übermittelung trägt — es sei denn, daß der Verkäufer im Annahmeverzuge sich befindet oder durch nachträgliche Veränderung des Wohnsitzes die Gefahr der Übermittelung erhöht hat, — be-

1) HGB. § 355.
2) cfr. Berndorff: S. 98 ff.
3) BGB. § 515.
4) I. Entwurf: § 502, Motive II, S. 367.
5) BGB. § 270.

stehen beim Tausche beide Leistungen aus Waren; es gelten daher für beide Teile hinsichtlich des Gefahrüberganges dieselben Regeln; jeder Teil wird als Verkäufer betrachtet.

§ 13.

Gefahrübergang bei dem generischen Schenkungsversprechen.

Die Schenkung selbst kann begrifflich nur eine Species zum Gegenstande haben, weil sie als Realkontrakt erst durch die Zuwendung zustande kommt.[1]

Die Zuwendung aber setzt immer eine bestimmte Sache voraus.[2]

Dagegen kann der Inhalt der Leistungspflicht generisch bestimmt sein bei dem Schenkungsversprechen.

Bei der Schenkung ist der Umfang der Gefahrtragung des Gläubigers größer als sonst; denn da der Schenker nur für dolus und culpa lata haftet,[3] so liegt ein Zufall, dessen Gefahr von der Konkretisierung an auf dem Gläubiger lastet, auch dann vor, wenn die Unmöglichkeit der Leistung durch culpa levis des Schenkers eingetreten ist.

Der Gefahrübergang tritt, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nach der allgemeinen Bestimmung des § 243 Abs. 2 BGB. ein, wenn der Promittent das zur Leistung einer verabredungsgemäßen

1) BG.B 516.
2 Berndorff: S. 102 ebenso.
3) BGB. § 521.

Sache seinerseits Erforderliche getan hat, wenn er also den Schenkungsempfänger bereichert hat.[1]

Ist der Gegenstand des generischen Schenkungsversprechens, wie es die Regel ist, eine Sache, so ist die Zuwendung bewirkt mit dem dinglichen Übereignungsgeschäfte,[2] also mit der Übergabe oder den ihr gleichstehenden Rechtsbehelfen.[3]

Aus der Natur der Schenkung als eines liberalen Rechtsgeschäftes geht hervor, daß durch das Schenkungsversprechen eine Holschuld begründet wird. Man kann es dem Schenker nicht zumuten, daß er dem Beschenkten die geschenkte Sache auch noch in das Haus bringt. Er hat genug getan, wenn er die Sache bei sich zur Abholung bereit hält.

Hieraus ergiebt sich, daß die Gefahr auf den Schenkungsempfänger übergeht, wenn der Promittent im Falle einer Versendung die Sache der zum Transport bestimmten Person oder Anstalt übergeben hat, desgleichen, wenn er den Schenkungsempfänger durch wörtliches Angebot der ausgeschiedenen Sache in Annahmeverzug versetzt hat.

Ist eine Geldsumme schenkungsweise versprochen, so muß dasselbe gelten.

Denn Geldschulden sind nur im Zweifel Bringschulden, falls sich aus der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses nichts anderes ergiebt.

Bei der Schenkung ist dies aber, wie erwähnt, der Fall.[4]

1) BGB. § 516.
2) So Oertmann: zu § 518 Nr. 2b; Cosack: § 139 Nr. 3.
3) cfr. Windscheid: § 365. S. 509; BGB. §§ 929, 930, 931.
4) BGB. § 270; cfr. auch ALR. I, 5 § 249.

§ 14.

Gefahrübergang bei der irregulären Sachmiete und Pacht.

Während Miete und Pacht notwendig eine Species zum Gegenstande haben, stellt der gemeinrechtliche sogenannte Eisenviehvertrag, der contractus socidae, eine Gattungsobligation dar.[1]

Das Römische Recht sah in denselben einen Kauf und gewährte dem Pächter Eigentum an den übergebenen Sachen. Nach Deutschem Rechte blieb der Verpächter Eigentümer, während der Pächter die Gefahr zu tragen hatte.

Das BGB. ist dem Deutschen Rechte gefolgt.

Ein Eisenviehvertrag liegt nach BGB.[2] vor, wenn der Pächter eines Grundstückes das Inventar zu einer Taxe übernimmt mit der Verpflichtung, es bei Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren.

Diese Pflicht des Pächters stellt eine Gattungsschuld dar. Denn da er über die einzelnen Inventarstücke gemäß den Erfordernissen einer ordentlichen Wirtschaft verfügen darf und muß,[3] so gewährt er nicht das speziell bestimmte Inventar zurück, welches er übernommen hat,[4] sondern ein nach Qualität und Quantität, also generell bestimmtes. Das Eigentum der Inventarstücke behält der Verpächter. Jedes vom Pächter neu in das Inventar

1) Windscheid II § 400, Note 22; Dernburg: Pand. II § 111, Note 28; l. 3. D. de auro 19, 2; l. 54. § 2. D. eod; ALR. I 21, §§ 474—476; Sächs. Gesetzbuch: § 1209; Cod. civil: Art. 1822.

2) BGB. § 587 ff.

3) BGB. § 588 Abs. 1.

4) So Berndorff: S. 126; Cosack: § 136 Nr. 6 b; Meißner: zu § 589 Nr. 1; Endemann: S. 772.

eingereihte Stück wird mit der Einverleibung sein Eigentum.

Die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung dieses Inventars hat der Pächter zu tragen.[1]

Es fragt sich nun, in welchem Augenblicke diese Gefahr auf den Verpächter zurückgeht.

Dies ist dann der Fall,[2] wenn er alles getan hat, wozu er nach der Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Nach § 589 Abs. 1 BGB. muß der Pächter bei Beendigung der Pacht das vorhandene Inventar dem Verpächter zurückgewähren. Demnach geht die Gefahr auf den Verpächter über, wenn der Pächter alles zur Rückgewährung seinerseits Erforderliche getan hat.[3]

Wie die Rückgewährung zu erfolgen hat, wird je nach der Lage des einzelnen Falles verschieden sein. In der Regel wird sie bewirkt durch Tradition der Inventarstücke an den Verpächter oder dessen Stellvertreter, und zwar auf dem Grundstücke selbst.

Der Annahmeverzug, bei dem hier ein wörtliches Angebot genügt und eine besondere Ausscheidung nicht erforderlich ist, da die Beendigung der Pachtzeit bereits das vorhandene Inventar als das zurückzugewährende hinreichend individualisiert hat, sowie die Parteiabrede haben, wie stets, dieselbe Wirkung.

Vielfach ist behauptet worden, daß die bloße Beendigung der Pachtzeit den Gefahrübergang bewirke. Man hat dies daraus geschlossen, daß im § 588 Abs. 1 BGB.

---

1) BGB. § 588 Abs. 1.
2) BGB. § 243 Abs. 2.
3) Oertmann: zu § 588 Nr. 1 a.

nur dem „Pächter“ die Gefahr auferlegt sei; nach Beendigung der Pachtzeit könne man aber nicht mehr von einem „Pächter“ reden; § 588 BGB. dürfe mithin dann keine Anwendung finden.

Diese Auffassung ist offenbar unrichtig; das Wort Pächter ist sicher nicht in diesem prägnanten Sinne gebraucht worden. Es dient vielmehr nur zur Bezeichnung der einen der beiden Parteien, die sich auch nach Beendigung der Pachtzeit noch als Pächter und Verpächter gegenüber stehen. Bis zur vollständigen Rückgewähr hat die zur Rückgabe verpflichtete Partei der anderen gegenüber noch mancherlei sich aus dem früheren Pachtverhältnisse ergebende Verpflichtungen, sodaß es durchaus berechtigt erscheint, auch nach Beendigung der Pachtzeit die Parteien als Pächter und Verpächter zu bezeichnen.

Auch würde, wenn man die Geltung des § 588 BGB. auf die Pachtzeit beschränken wollte, sich für den Verpächter die unbillige Folge ergeben, daß der Pächter, der während der Pachtzeit für jeden Zufall aufkommen muß, wenn er nicht rechtzeitig zurückgewährt hat, also seine Vertragspflicht verletzt hat, der milderen Haftung des § 287 BGB. unterworfen wäre.

Für die von uns vertretene Auffassung spricht auch der Umstand, daß, während der I. Entwurf § 541 die Gefahrtragung des Pächters auf die Dauer der Pachtzeit beschränkte,[1] diese Bestimmung im zweiten Entwurf fortgelassen ist.

Eine unbillige Härte gegen den Pächter enthält die Regelung des BGB. nicht, da er nach Beendigung der

1) Ebenso Dresdener Entw.: § 585 Abs. 2.

Pachtzeit den Verpächter durch wörtliches Angebot jederzeit in Annahmeverzug versetzen kann.[1]

Nicht erwähnt sind im BGB. der Fall des Eisernviehvertrages, in welchem der Vertrag selbständig nur über Vieh oder Inventar abgeschlossen ist, und der Fall der sogenannten Viehverstellung, bei welcher einzelne Stücke oder eine ganze Herde zur Unterbringung, Wartung und Fütterung übergeben werden, indem als Entgelt entweder ihr Gebrauch oder ihre Früchte oder ein anderes Äquivalent dienen soll. Das BGB. hat absichtlich von einer Regelung abgesehen, da die völlig verschiedenen Verhältnisse in den einzelnen Teilen des Reiches eine einheitliche Regelung unmöglich machen.[2]

Es ist in jedem einzelnen Falle die Beurteilung eines derartigen Vertrages zu gewinnen durch Interpretation des Parteiwillens unter Berücksichtigung der lokalen Sitten und Gewohnheiten.

§ 15.

Gefahrübergang beim Darlehen.

Das Darlehen ist der einseitige durch Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen geschlossene Vertrag, durch den der Empfänger zur Rückerstattung des Empfangenen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet wird.[3]

Es begründet somit im Gegensatz zur Leihe notwendig eine generische Verpflichtung.

1) So cfr.: hierüber Oertmann zu § 588 Nr. 1 a; Buchka: S. 125 Leske: S. 247; A. M. Planck: zu § 588.

2) cfr. Motive II S. 442 ff.

3) BGB. § 607.

Die Objekte des Darlehens müssen nach Römischem Recht wie nach BGB. vertretbare Sachen sein,[1] im Gegensatz zum Allgemeinen Landrecht,[2] das auch ein Darlehen annimmt, wenn die hingegebenen Sachen nicht vertretbar sind, falls nur eine generelle Rückgabe ausgemacht ist.

Das Darlehen ist ein einseitiger Realvertrag, der durch die Hingabe der Sachen zustande kommt.[3]

Man kann bei dem Darlehen einen doppelten Gefahrübergang unterscheiden, erstens den Moment, in dem die Gefahr der Darlehenssachen von dem Darlehensgeber auf den Darlehensempfänger übergeht, zweitens den Zeitpunkt, in welchem die Gefahr auf den Darlehensgeber wieder zurückgeht.

1. Die Frage nach dem Momente des Gefahrüberganges auf den Empfänger fällt zusammen mit der, von welchem Augenblicke an der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet ist.[4] Denn da die Rückerstattung in genere zu erfolgen hat, so wird der Empfänger durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der zur Rückgabe in Aussicht genommenen Sachen nicht befreit.[5]

Es fragt sich also, wodurch der Eigentümer zur Rückgabe verpflichtet wird.

---

1) cfr. Berndorff: S. 129.

2) ALR. I, 11 §§ 653, 853.

3) So Dernburg: Pand. II § 85; Windscheid: § 370, Note 2; Oertmann: S. 322 Nr. 2; Cosack: § 142 Nr. III; Endemann: § 184 Abs. 1; Berndorff: S. 129; Meißner: zu § 607 Nr. 1; Motive II S. 306.

4) Oertmann; zu § 607 Nr. III b.

5) BGB. § 279.

Nach Römischem Recht [1] wie nach BGB. [2] tritt diese Pflicht ein mit der Hingabe der Darlehensvaluta, und zwar mit der Hingabe zu Eigentum, oder durch Herbeiführung desselben wirtschaftlichen Erfolges durch Umschreibung in den Giroconten eines Bankiers.

Während für das Römische und Gemeine Recht nicht bestritten worden ist, daß ohne Übereignung ein Darlehen nicht zustande kommt, hat Cosack [3] für das BGB. bestritten, daß eine Eigentumsübertragung erforderlich sei.

Die Bestimmung des I. Entwurfes, [4] wonach Eigentumsübertragung ausdrücklich gefordert wurde, ist allerdings in das BGB. nicht aufgenommen worden. Doch ist der Schluß Cosack's, daß mithin das Erfordernis der Übereignung fallen gelassen sei, unrichtig. Das BGB. [5] hat sich hinsichtlich des Darlehensbegriffes durchaus dem Römischen und Gemeinen Rechte angeschlossen. Aus der Natur des Darlehens folgt unseres Erachtens mit Notwendigkeit, daß die Darlehensvaluta zu Eigentum übertragen werden müssen. [6]

Wenn das BGB. von einer ausdrücklichen Bestimmung abgesehen hat, so ist dies deswegen geschehen, weil bei vertretbaren, also regelmäßig beweglichen Sachen der Empfänger in den meisten Fällen schon durch die Übergabe Eigentum erwerben wird.

---

1) l. 1. § 2. D. de obl. et act.: 44, 7; l. 2. § 2. D. h. t., l. 11 § 2, l. 12, l. 13 pr. § 1, l. 12 pr. § 1, D. h. t; Windscheid: § 370.

2) BGB. § 607; Motive II S. 307; Oertmann: zu § 607; Endemann: § 184 b; Schollmeyer: S. 63; Planck: zu § 607, Anm. 2 a; Kuhlenbeck: S. 214.

3) Cosack: § 142 Nr. IV, 2.

4) I. Entwurf: § 543.

5) cfr. Motive a. a. O.

6) So auch Buchka: S. 128; Engelmann: S. 292.

Die Hingabe der Darlehensvaluta kann einmal erfolgen durch wirkliche Übergabe, durch Tradition.

Fraglich ist es hierbei, ob der Gefahrübergang bereits mit der Absendung eintritt. Diese Frage ist zu verneinen. Denn da zur Begründung des Darlehens der Empfang der Valuta erforderlich ist, so wird die bloße Absendung nicht für ausreichend erachtet werden können, sondern die Übergabe an den Empfänger erfordert werden müssen,[1] und zwar sowohl bei dem verzinslichen wie bei dem unverzinslichen Darlehen.

Anderer Meinung ist Cosack.[2] Er läßt den Gefahrübergang bereits mit der Absendung eintreten, und zwar nach Analogie des Kaufes. Eine Ausnahme macht Cosack für das Geld darlehen, da Geldschulden im Zweifel Bringschulden seien.

Die Ansicht Cosack's ist die Folge davon, daß er das Erfordernis der Übereignung für das Zustandekommen des Darlehens leugnet.

Nicht immer ist eine wirkliche Übergabe der Darlehensvaluta erforderlich. Sie fällt weg zunächst bei dem gemeinrechtlichen contractus mohatrae, der darin besteht, daß der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer Waren zum Verkaufe übergiebt, damit dieser den Kaufpreis als Darlehen behalte.[3]

Das BGB. behandelt diesen Fall nicht besonders. Das Darlehen kommt bei dem contractus mohatrae noch nicht durch die Übergabe der zu verkaufenden Sachen zustande. Denn damit hat der Darlehensnehmer noch

1) So BGB. § 607; Berndorff: S. 131; Oertmann: zu § 607 Nr. 3 b; Endemann: S. 835; Planck: zu § 607, Anm. 2 a.

2) Cosack: § 142, Nr. 3 a Anm.

3) l. 11. pr. D. de reb. cred. 12, 1; Motive S. 308.

nicht diejenigen Gegenstände erhalten, die die Darlehensvaluta bilden sollen. Ebensowenig kommt in Betracht der Moment des Abschlusses des Kaufvertrages mit dem Dritten. Das Darlehen ist vielmehr erst dann zustande gekommen, wenn der Darlehensempfänger den Kaufpreis erhalten hat. Erst mit diesem Augenblicke geht daher die Gefahr auf den Darlehnsnehmer über, denn erst von da an ist er zur generellen Rückleistung verpflichtet.

Die Motive bemerken,[1] daß eine andere Regelung sich als eine durch ein praktisches Bedürfnis nicht gebotene Singularität darstellen würde. Oertmann[2] sieht mit Recht in dem contractus mohatrae einen mandatsähnlichen Vorgang, bei dem es principwidrig wäre, dem Empfänger die Gefahr der übergebenen Sachen aufzuerlegen.

Nach Römischem Recht geht allerdings abweichend vom BGB. die Gefahr bereits über mit der Übergabe.[3]

Ein Gefahrübergang ohne wirkliche Übergabe der Darlehensvaluta tritt ferner ein im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. Schuldet nämlich der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber Geld oder andere vertretbare Sachen aus irgend einem Rechtsgrunde, so können die Parteien vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden soll.[4]

Die Übergabe wird hier durch eine „Gedankenoperation" ersetzt.[5] Mit der Einigung der Parteien,

1) Motive II S. 308.

2) Oertmann: zu § 607 Nr. 2 a; A. M. Planck: zu § 607, Note 1 b; Dernburg: Pand. II, § 86 Nr. 2 a.

3) l. 4. D., l. 11. pr. D. h. t. 12. 1.

4) l. 15. D. de reb. cred. 12, 1.

5) So Dernburg: Pand. II § 87 a; Kuhlenbeck: S. 215; Planck: zu § 607 Nr. 5.

daß der Darlehnsnehmer die geschuldeten Sachen nunmehr als Darlehen schulden solle, entsteht die generische Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers, und in demselben Zeitpunkte geht deshalb auch die Gefahr auf ihn über.[1]

Vorausgesetzt ist, daß die geschuldeten vertretbaren Sachen vor der Einigung speziell geschuldet waren; andernfalls lastet die Gefahr schon an und für sich auf dem Darlehensempfänger. Unter die Regeln des contractus mohatrae gehört auch der Fall, wenn Inhaberpapiere als Darlehen gegeben werden, vorausgesetzt, daß die Absicht der Parteien dahingeht, durch sie ein Geld-Darlehen zu vermitteln.[2]

Sollen dagegen die Inhaberpapiere selbst Gegenstand des Darlehens sein, und dies wird im Zweifel anzunehmen sein, so gelten die gewöhnlichen Regeln des Darlehens.

2. Wann die Gefahr auf den Darlehensgeber zurückgeht, d. h. von wann an der Empfänger durch zufälligen Untergang der als Leistungsgegenstände in Aussicht genommenen Sachen von seiner Rückgewährpflicht befreit wird, bestimmt sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 243 Abs. 2. BGB. Der Darlehensnehmer hat seiner Leistungspflicht genügt, wenn er dem Gläubiger tantundem eiusdem generis zurückgewährt hat.

Da das Darlehen wesentlich im Interesse des Empfängers gegeben wird, so ist dieser verpflichtet die

1) Im R. R. bestand eine Meinungsverschiedenheit hierüber zwischen Ulpian und African; cfr. l 15. D. de reb. cred. 12, 1; dagegen: l. 34. pr. D. de mand. 17, 1.

2) Motive S. 309; So Kuhlenbeck: S. 216; Berndorff: S. 132; Meißner: zu § 609 Nr. 3; Planck: zu § 607, Note 4.

Sachen dem Darlehnsgeber zurückzubringen. Versendet er also die Sachen an den Wohnsitz des Darlehnsgebers, so geht die Gefahr nicht mit der Absendung über, sondern erst mit der Ankunft der Sachen bei dem Darlehnsgeber.[1]

Durch Parteivereinbarung kann wie bei allen Gattungsobligationen ein anderer Zeitpunkt des Gefahrüberganges festgesetzt werden. Bei Gelddarlehen vor allem kommt der Fall häufig vor, daß die reale Rückerstattung dadurch vermieden wird, daß die Vermögensausgleichung durch Umschreibung in den Girokonten der Parteien bei einem gemeinsamen Bankier erfolgt. In diesem Falle ist die Gefahr übergegangen mit der von den Parteien genehmigten Umschreibung.

Wie immer überträgt auch hier der Annahmeverzug des Darlehnsgebers die Gefahr.

§ 16.

Gefahrübergang bei dem Darlehensversprechen (pactum de mutuo dando).

Häufig kommt es vor, daß jemand sich zur Hingabe eines Darlehns verpflichtet. Dieses pactum de mutuo dando, welches dem eigentlichen Darlehen vorhergeht, und als ein selbständiger Vorvertrag anzusehen ist,[2] begründet in der Regel eine Gattungsschuld, da der Promittent sich gewöhnlich zur Hingabe von Geld oder

1) BGB. § 607; ebenso Oertmann: zu § 607, Note 2; Berndorff S. 139; Schollmeyer: S. 62; ebenso: l. 45. § 1. D. 5, 1; ALR. §§ 722 ff I, 11.

2) So Oertmann: S. 322; Meißner: zu § 610.

anderen vertretbaren nur der Gattung nach bestimmten Sachen verpflichtet.

Der Gefahrübergang tritt dann ein, wenn der Promittent alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, also mit der Übergabe der zu leistenden Sache zu Eigentum oder dem die Übergabe verhindernden Annahmeverzuge.[1]

§ 17.

Gefahrübergang bei dem Werklieferungsvertrage über eine generisch bestimmte Sache.

Der Werklieferungsvertrag, denn nur dieser kann hier in Frage kommen, ist eine Gattungsschuld, wenn der Unternehmer aus eigenem Stoffe ein Werk herstellen soll, oder aber wenn der Besteller zwar den Stoff liefert, dem Unternehmer es jedoch freisteht, das Werk aus anderem gleichartigen Stoffe herzustellen. Der letztere Fall ist der der locatio conductio irregularis.[2]

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung des Werkvertrages gehen das Römische Recht und das BGB. prinzipiell auseinander.

Nach Römischem Rechte finden auf den generischen Werkvertrag, sobald der Unternehmer den Stoff für das herzustellende Werk in der Hauptsache selbst geliefert hat, die Regeln des Gattungskaufes Anwendung.[3]

1. cfr. S. 89 ff der Abhandl.

2) l. 34 pr. D. 34, 2; cfr. hierzu besonders Böninger: Die Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrübertragung beim Werkvertrage des Gem. und des Türg Rechtes; Bredt: Die Gefahrübertragung beim Werkvertrage; Dernburg II § 113 und Sintenis II § 118.

3) l. 2 § 1. D. loc. cond. 19, 2; l. 20. l, 65. D. de contr. empt. 18, 1 § 4. J. h. t. 3. 24; ebenso Sächs. Gesetzbuch: § 1244.

Das Allgemeine Landrecht dagegen nimmt, auch wenn der Unternehmer den Stoff selbst liefert, einen Werkvertrag an.[1]

Während der Entwurf zum BGB. wieder zum Römischen Rechte zurückkehrte und einen derartigen Vertrag in der Regel als Kauf betrachtete, hat das BGB. einen vermittelnden Standpunkt eingenommen.

Es bestimmt,[2] daß auf den Werkvertrag, durch den sich der Unternehmer verpflichtet, den Stoff selbst zu liefern, die Regeln über den Kauf allgemein nur dann Anwendung finden, wenn die herzustellende Sache eine vertretbare ist.

Ist dagen die herzustellende Sache nicht vertretbar, so gelten zwar im Prinzipe auch die Regeln des Kaufes, es treten indessen an Stelle einer Reihe von Paragraphen die entsprechenden Bestimmungen des Werkvertrages, so insbesondere auch, was uns hier in erster Linie interessiert, die Bestimmungen über den Gefahrübergang.[3]

Nur soweit der generische Werklieferungsvertrag hinsichtlich des Gefahrüberganges anderen Regeln wie der Kauf unterliegt, wird er hier Gegenstand der Darstellung sein.

Die Gefahr bei dem generischen Werklieferungsvertrage ruht nach § 644 BGB. auf dem Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes oder bis zum Annahmeverzug des Bestellers.

Der Besteller ist zur Abnahme verpflichtet, wenn der Unternehmer das Werk so hergestellt hat, daß es die zugesicherten Eigenschaften besitzt und nicht mit Fehlern

1) ALR. I, 11 §§ 925, 956, 973.
2. BGB. § 651.
3) BGB. § 651.

behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.[1]

Nach § 646 BGB. tritt, wenn nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist, an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

Was unter Abnahme zu verstehen ist, ist streitig.

Allgemein wird anerkannt, daß der Begriff der Abnahme sich nicht deckt mit dem beim Kaufe in § 433 BGB. Wie die Motive bemerken, hat man im I. Entwurf absichtlich davon abgesehen, den Besteller zu einer Prüfung zu nötigen; dieser Auffassung hat sich auch die zweite Kommission angeschlossen.[2] Sie stimmte darin überein, daß der Abnahme die Bedeutung der „Annahme als Erfüllung" im Sinne des § 363 BGB. zukomme.

Die Abnahme (Annahme als Erfüllung) enthält zwei Momente. Einmal die körperliche Übergabe des vollendeten Werkes, zweitens die Anerkennung seitens des Bestellers, daß der Unternehmer durch Herstellung des opus erfüllt habe.[3]

Anderer Ansicht ist Cosack.[4]

Er sieht in der Abnahme nur diejenige Annahme, die den Besteller in den Stand setzt, das Werk zu untersuchen. Infolgedessen faßt er Abnahme und Ablieferung als korrespondierende Begriffe auf. „Sie beziehen sich beide auf den nämlichen Vorgang: Ablieferung heißt der Vorgang, wenn er vom Standpunkte des Unternehmers,

1) BGB. §§ 633, 640.

2) Motive II S. 490; Protokolle II S. 315 ff.

3) So Endemann, § 174; Berndorff, S. 113; Meißner zu § 640, No. 1; Planck zu § 640, Note 1.

4) Cosack, S. 528.

Abnahme heißt er, wenn er vom Standpunkte des Bestellers aus ins Auge gefaßt wird."

Die Auffassung Cosack's ist unzutreffend.

Ablieferung ist nur diejenige Übergabe, die den Besteller in den Stand setzt, das Werk zu prüfen.

Auf das Resultat dieser Prüfung kommt es bei der Ablieferung nicht an, während die Abnahme voraussetzt, daß der Besteller das Werk als Erfüllung anerkennt. Er kann sehr wohl eine Ablieferung stattfinden, ohne daß eine Abnahme erfolgt. Wenn z. B. der Schneider einem Kunden einen Anzug bringt, dieser ihn später anprobiert und als schlecht sitzend zurückschickt, so ist wohl eine Ablieferung, aber keine Abnahme erfolgt.

Die Cosack'schen Einwendungen gegen die Auffassung der Abnahme als Annahme als Erfüllung stützen sich hauptsächlich auf folgendes Argument.

Nach §§ 638 ff. BGB. beginnt die Verjährung der ädilizischen Ansprüche mit der Abnahme.

Cosack meint nun, bei der von uns vertretenen Auffassung der Abnahme käme man zu dem Ergebnis, daß der Besteller die Verjährung der ädilizischen Ansprüche nach Belieben dadurch verhindern könne, daß er bei der Ablieferung des Werkes irgend eine Ausstellung mache.

Denn so lange er Ausstellungen mache, habe er nach dieser Ansicht nicht abgenommen.

Hiergegen ist mit Recht von Oertmann[1] erwidert worden, daß die Annahme als Erfüllung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Besteller einzelne

1) Oertmann zu § 640, No. 1 b.

Ausstellungen macht; er kann trotzdem die Leistung des Werkes als Erfüllung gelten lassen, also abnehmen.

Annahme als Erfüllung bedeutet durchaus nicht immer die Anerkennung der Fehlerlosigkeit des Werkes seitens des Bestellers, sie enthält nicht immer eine Billigung, wie Cosack meint.

Daß eine Abnahme trotz einzelner Ausstellungen möglich ist, ergiebt sich aus § 640 Abs. 2 BGB.

Wenn man dies berücksichtigt, so sieht man, daß auch § 646 BGB. nicht der Auffassung der Abnahme als Annahme als Erfüllung entgegensteht. Eine billigende Annahme kann allerdings bei allen Werken vorkommen, nicht aber eine Abnahme in dem oben dargelegten Sinne.

Nach § 646 BGB.[1] geht, wenn eine Annahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, die Gefahr über mit der Vollendung.

Da Abnahme diejenige Annahme als Erfüllung ist, die unter körperlicher Übernahme des Werkes geschieht, so ist sie in der Regel dann ausgeschlossen, wenn immaterielle Werke den Gegenstand des Werkvertrages bilden, denn bei diesen ist ein körperliches Nehmen und Geben unmöglich.[2]

Doch werden sich derartige Verträge wohl nur ausnahmsweise als generische darstellen. Wir können sie daher in unserer Abhandlung unberücksichtigt lassen.

Die Abnahme ist ferner ausgeschlossen bei Arbeiten an größeren Objekten, z. B. Immobilien (Ausbessern eines Hauses, Bemalen einer Wand ꝛc.)

---

1) In Verb. m. § 641 BGB.
2) Planck zu § 640, No. 1b.

Ohne Abnahme geht die Gefahr über, wenn der Besteller in Annahmeverzug gerät.[1] Es entspricht dies der allgemeinen Regel. Denn in diesem Falle hat der Unternehmer das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan.

Eine besondere Ausscheidung wird beim generischen Werkvertrage nicht nötig sein, da sie schon dadurch bewirkt ist, daß der Unternehmer das betreffende Werk entweder schon hergestellt hat oder doch wenigstens bearbeitet.

Man wird sie nur dann für erforderlich erachten, wenn der Unternehmer gleichzeitig mehrere Werke derselben Art hergestellt hat.

Ist der Vertrag auf ein Schicken gestellt, d. h. versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, so finden die Regeln des Distanzkaufes entsprechende Anwendung.[1]

Eine Abweichung ergiebt sich indessen doch. § 644 Abs. 2 BGB. bestimmt nämlich, daß die Regeln des Distancekaufes Anwendung finden sollen, falls das „Werk" abgesandt ist. Unter „Werk" ist aber nur das korrekte, ordnungsgemäß hergestellte Werk zu verstehen. Wenn also der Unternehmer den Gefahrübergang gemäß § 644 Abs. 2 BGB. geltend machen will, so muß er, falls es bestritten wird, seinerseits den Beweis dafür erbringen, daß das Werk thatsächlich verabredungsgemäß war.[2]

In einzelnen Fällen erfolgt, abgesehen vom Annahmeverzug, der Gefahrübergang bereits vor der Abnahme,

1) § 644, Abs. 2 in Verb. m. § 447 BGB. Motive II, S. 499; Protokolle II, S. 330, 331.

2) So Oertmann zu § 644 No. 3.

nämlich dann, wenn das Werk untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist:

1. Infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes,
2. Infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung,

vorausgesetzt, daß ein Verschulden des Unternehmers nicht vorliegt.[1]

Der Besteller hat in diesen Fällen die Gefahr in sofern zu tragen, als der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann.[2]

Im Römischen Rechte war diese Frage sehr streitig. Sie ist in der Litteratur ungemein ausgiebig behandelt worden, so daß es im Rahmen dieser Abhandlung nicht angängig erscheint, näher auf dieselbe einzugehen.

Die Motive[3] geben eine klare und eingehende Darstellung der drei Haupttheorien, die sich im Gemeinen Rechte über diese Frage gebildet haben. Wir begnügen uns daher damit auf die Motive selbst zu verweisen.

Nur soviel mag hier bemerkt werden, daß im wesentlichen, nach der einen Theorie die Approbation[4] nach

1) BGB. § 645.

2) ALR. I, 11, § 960.

3) Motive II, S. 497.

4) „approbatio" im Römischen Rechte bedeutet Billigung seitens des Bestellers, Beweis der Ordnungsmäßigkeit des Wertes seitens des Unternehmers. Sie erfordert also keine körperliche Übernahme, und entspricht insofern nicht ganz der Abnahme des § 644 BGB. cfr. hierüber Bredt, S. 3 u. d. dort Zitierten Dernburg: Pand. II, § 113; Bolze: Archiv für civilistische Praxis, S. 86—108, Zufall bei der Werkverbindung; Glück: Ausführliche Erl. d. Pand. § 1055; Dankwardt: Locatio conductio operis in Iherings Jahrb. Bd. 13, S. 341 ff.

der andern die Vollendung des Werkes[1] der für den Gefahrübergang maßgebende Moment ist, während die dritte Ansicht nach Analogie der Dienstmiete dem Unternehmer für den bis zum Übergange des opus ordnungsgemäß hergestellten Teil eine verhältnismäßige Vergütung gewähren will.[2]

Hervorzuheben wäre noch, weil sie ihre Bedeutung auch jetzt noch nicht ganz verloren hat, die von Strohal[3] begründete Sphärentheorie:

„Der Unternehmer hat die Gefahr seiner Unternehmung zu tragen, aber nicht diejenigen Zufälle, welchen der Besteller vermöge seiner specifischen Verhältnisse ausgesetzt ist.“[4]

Diese Theorie ist von Oertmann[5] vertieft und weiter ausgebaut worden. Seine Theorie kumuliert in dem Satze:

> Alle Unfälle, die in der Sphäre des Unternehmers eintreten, gehen auf seine Gefahr; alle anderen dagegen, sie mögen ihren Grund in der Betriebssphäre des Bestellers oder in einem äußeren

---

1) Puchta: Pand. § 367; Puchta: Vorles. § 366; Mommsen: Beiträge Bd. I, S. 364—386; Bd. III, S. 423 bis 428; Burchardi: Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen, S. 132.

2) Windscheid: Pand. § 401; Gesterding: Alte und neue Rechtsirrtümer, S. 106; Arndt: Pand. § 315; Buchholtz: Einstehen für den Zufall beim Werkverdingungsvertrage, in Linde's Zeitschrift, N. F. Bd. 8, S. 1—16.

3) Strohal: Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse, in Ihering's Jahrb. Bd. 23, S. 386.

4) Strohal, a. a. O. S. 388.

5) Oertmann: Der Zufall bei der Werkverdingung, in Grünhut's Zeitschr., Bd. 24.

Ereignisse haben, belassen dem Werkmeister seinen Anspruch.[1]

Die im BGB. enthaltene Regelung des Gefahrüberganges ist von mehreren Seiten als unbillig angegriffen worden. Man hat versucht, den § 645 BGB. in der verschiedensten Weise zu interpretieren. Speciell ist auf Grund der Sphärentheorie es als unbillig hingestellt worden, daß den Unternehmer die Gefahr trifft, gleichgültig, ob der Zufall in der Sphäre des Bestellers, oder in der des Unternehmers eingetreten ist.[2]

Wenn auch der Gedanke, der der Sphärentheorie zu Grunde liegt, manches für sich haben mag, so ist sie doch in der Praxis undurchführbar und deshalb mit Recht vom BGB. abgelehnt worden.[3]

Stellt man sich auf den Standpunkt Oertmann's, so ist man gezwungen, außer der Sphäre des Bestellers und der des Unternehmers noch eine dritte, eine „neutrale" Sphäre anzunehmen, in die diejenigen Zufälligkeiten einzureihen sind, die ihren Ursprung in keiner der beiden anderen Sphären haben.

Die Abgrenzung dieser drei Sphären ist in der Praxis vielfach ganz undurchführbar.

Crome[4] giebt hierfür folgendes überzeugende Beispiel:

„Ein Maler malt auf einer Wiese auf Anweisung des Bestellers ein Bild.

---

1) cfr. die ausführlichen Spezialabhandlungen: Oertmann's, Böninger's und Bredt's.

2) Strohal, a. a. O.

3) Protokolle II, S. 331–335.

4) Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 319 ff.

Ein Ochse kommt und zerstört das Bild".

Crome wirft nun die Frage auf, in wessen Sphäre sich hier wohl der Zufall ereignet haben mag, ob in der des Bestellers, oder der des Unternehmers, oder gar der des Ochsen.

Eine Antwort auf diese Frage dürfte sich wohl kaum geben lassen.

Während Crome die Unhaltbarkeit der Sphärentheorie auf der einen Seite nachgewiesen hat, gelangt er andererseits doch zu einem ähnlichen Ergebnisse wie Oertmann, indem er nämlich den § 645 des BGB., insbesondere den Begriff der Anweisung sehr extensiv interpretiert.[1]

Wenn z. B. ein Maler auf Wunsch des Bestellers in dessen Wohnung ein Bild malt, dasselbe aber vor der Vollendung durch einen in der Wohnung ausgebrochenen Brand vernichtet wird, so nimmt Crome an, daß in diesem Falle das Bild infolge der Anweisung des Bestellers zu Grunde gegangen sei.

Eine derartig weitgehende Interpretation des § 645 BGB. ist unseres Erachtens unzulässig. Wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß im obigen Beispiel zwischen dem Wunsche des Bestellers und der Vernichtung des Bildes ein gewisser Causalnexus besteht, insofern sich das Bild ohne den Wunsch des Bestellers zur Zeit des Brandes nicht in dessen Wohnung befunden haben würde, so kann man doch nicht sagen, daß das Bild infolge der für die Ausführung erteilten Anweisung zu Grunde gegangen sei. Ist das Feuer durch Zufall entstanden, so ist der Unfall nicht eine Folge der Anweisung, wie § 645 BGB. es ausdrücklich verlangt.

1) Crome, a. a. O. S. 323 ff.

Wie Berndorff[1] treffend bemerkt, muß, wenn der Unfall eine Folge der Anweisung sein soll, letztere die Eventualität des Unfalles bereits in sich tragen.[2]

Dies wäre bei dem vorstehenden Beispiele nur dann der Fall, wenn der Besteller bei Erteilung der Anweisung mit der Möglichkeit des Brandes hätte rechnen müssen.

Irgend eine unbillige Härte gegenüber dem Unternehmer enthält die von uns vertretene Auffassung nicht. Ob das Feuer in der Wohnung des Unternehmers ausbricht oder in der des Bestellers, in jedem Falle liegt ein reiner Zufall vor für den der Unternehmer die Gefahr trägt. Es ist kein Grund vorhanden, warum der Zufall, der sich bei dem Besteller ereignet, anders beurteilt werden soll, als der Zufall, der bei dem Unternehmer eintritt. Die von dem Unternehmer vergeblich aufgewendete Arbeitskraft ist in beiden Fällen die gleiche.

Für der Frage der Gefahrtragung ohne Bedeutung ist es, ob der Unternehmer, wenn der Besteller das Werk als nicht abredegemäß zurückgewiesen hat, zunächst zur Beseitigung der Mängel berechtigt ist, und ob er später das verbesserte Werk selbst oder ein völlig neues liefert.

Hinsichtlich der von uns bereits erwähnten locatio conductio irregularis,[3] welche im Römischen Rechte sowohl beim Werkvertrage als auch bei der Miete (Eisenviehvertrag)[4] vorkommen konnte, sei noch hervorgehoben,

1) Berndorff, S. 122.

2) Ähnlich Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 56: „Es müßte denn der Untergang durch die Fehlerhaftigkeit seiner Anweisung hervorgerufen sein."

3) cfr. S. 94 d. Abh.

4) cfr. S. 84 d. Abh.

daß sie beim Werkvertrage in doppelter Form auftritt, einmal in der Weise, daß der Besteller zwar den Stoff liefert, aber ausgemacht wird, daß der Unternehmer auch anderen Stoff derselben Art, Gattung und Güte benutzen könne, sodann beim Transportvertrage, indem der Unternehmer ermächtigt wird, andere Sachen eiusdem generis an den Adressaten abzuliefern.[1]

Der wichtigste hierher gehörende Fall ist die Übersendung von Geld per Postanweisung.

Während im Gemeinen Rechte die Auffassung des Geschäftes schwankte,[2] insbesondere streitig war, wann die Gefahr des Stoffes auf den Untergehmer übergeht, nehmen das Sächsische Gesetzbuch[3] und der Dresdener Entwurf[4] einen Werkvertrag an, lassen das Eigentum an dem Stoffe und damit die Gefahr aber erst übergehen, wenn der Unternehmer anderen Stoff verarbeitet.

Das BGB. hat absichtlich von einer speciellen Regelung abgesehen.[5] Die rechtliche Auffassung eines derartigen Vertrages ist im einzelnen Falle durch Interpretation des Parteiwillens zu finden. Eine allgemeine Regelung läßt sich bei der Manigfaltigkeit derartiger Verträge nicht aufstellen. Meistens werden die Parteien beabsichtigen, daß der Eigentums- und damit auch der Gefahrübergang mit der Übergabe des Stoffes erfolgen soll. Doch betonen die Motive ausdrücklich, daß einer Vereinbarung nichts entgegensteht, nach welcher die Gefahr bereits mit der

1) cfr. l. 34, pr. D. 34,2; l. 31, D. 19.2.
2) Baron: Pand. § 298.
3) Sächs. Gesetzbch. § 1244.
4) Dresd. Entw. Artikel 635, Abs. 2.
5) Motive II, S. 477 ff.

Übergabe des Stoffes übergehen soll, während die Änderung der Eigentumsverhältnisse erst mit der anderweiten Verfügung über den Stoff eintreten soll.

§ 18.

Gefahrübergang bei dem Depositum irregulare.

Während das Depositum, der Verwahrungsvertrag, notwendigerweise eine Speciesschuld begründet, ist das Depositum irregulare, der uneigentliche Verwahrungsvertrag, stets eine Gattungsschuld. Ein Depositum irregulare liegt dann vor, wenn der Verwahrer nicht die hinterlegten Sachen selbst, sondern nur Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben hat.[1]

Wenn auch in den Quellen der Ausdruck „Depositum irregulare" nicht vorkommt, so ist doch anzunehmen, daß bereits den Römern ein derartiges Rechtsgeschäft bekannt gewesen ist, und daß sie dasselbe als eine Abart des Depositums aufgefaßt haben, nicht als ein Darlehen, mit dem es allerdings große Ähnlichkeit hat:[2]

Gerade bezüglich der Frage der Gefahrübertragung ist dieser Unterschied in der Auffassung bedeutungsvoll.

Der I. Entwurf faßte das Depositum irregulare als Darlehen auf, bestimmte aber, daß in Ansehung der Zeit und des Ortes der Rückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vorschriften Anwendung finden sollten.

1) BGB. § 700 Abs. 1.

2) So Windscheid, II, § 379; Vangerow: Pand. III, § 630; Dernburg: Pand. II, § 193; Mühlhäuser: Über Umfang und Geltung des dep. irr. § 5; Donner: Depositum irregulare. A. M. Niemeyer: Dsp. irr. cfr. l. 25, § 1, D. 16,3, l. 31, D. 19,2, l. 24, l. 26, § 1, l. 28, l. 29, § 1, D. 16,3.

Gegen diese Fassung welche die Motive mit der unseres Erachtens nicht zutreffenden Behauptung begründen,[1] daß beim Depositum irregulare die Intention der Parteien auf ein Darlehen gerichtet sei, hat sich scharfer Widerspruch erhoben.[2]

Das BGB. hat deshalb im § 700 Abs. 1 folgende Fassung erhalten:

„Werden vertretbare Sachen in der Art hingelegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkte an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Darlehensvertrag."

Hiernach ist das Depositum irregulare nach BGB. kein Darlehen, sondern ein Verwahrungsvertrag.

Während beim Darlehen der Darlehensnehmer verpflichtet ist, die Sache dem Darlehensgeber zu bringen, eventuell auf seine eigene Gefahr zu übersenden, würde eine analoge Regelung bei dem Depositum irregulare, welches in der Hauptsache zu Gunsten des Hinterlegers abgeschlossen wird, zu unbilligen Härten führen. Dementsprechend bestimmt § 697 BGB., daß der Hinterleger

1) Motive II, S. 576—578.

2) Koch: Geld und Wertpapiere, S. 33; Protokolle II, S. 395—399.

verpflichtet ist, die hinterlegte Sache abzuholen. Das Depositum irregulare ist somit eine Holschuld. Die Gefahr geht daher über, wenn der Deponent die Sache bei dem Depositar in Empfang nimmt.

Versendet der Depositar die Sache auf Verlangen des Deponenten, so geht die Gefahr im Augenblick der Absendung über.

Die Gefahrübertragung erfolgt ferner, wenn der Deponent gemäß § 300 Abs. 2 BGB. in Annahmeverzug gerät. Da es sich um eine Holschuld handelt, so genügt ein wörtliches Angebot.

Auch bei Geldschulden ist das Depositum irregulare eine Holschuld, da Geldschulden ja nur im Zweifel Bringschulden sind,[1] für das Depositum das Gegenteil aber ausdrücklich bestimmt ist.[1]

§ 19.

Gefahrübergang bei dem Pignus irregulare.

Während im Allgemeinen dort, wo ein Recht eine Sache unmittelbar ergreift, also bei allen dinglichen Rechten, eine Gattungsschuld begrifflich unmöglich ist, giebt es zwei dingliche Rechtsverhältnisse, bei denen eine obligatorische Pflicht zur Rückerstattung generisch bestimmter Sachen besteht. Es sind dies das Pignus irregulare und der Quasiususfructus.

Bei dem regulären Pfandvertrag wird dem Gläubiger eine bestimmte Sache zur Sicherheit übergeben, die er nach erlangter Befriedigung wieder zurückzugeben hat. Seine Rückgabepflicht ist eine Speciesschuld.

1) BGB. § 697.

Bei dem Pignus irregulare dagegen werden dem Gläubiger vertretbare Sachen, namentlich Geld, mit der Bestimmung übergeben, daß er nach erlangter Befriedigung Sachen von gleicher Art und Güte zurückgeben soll. Es liegt also in diesem Falle eine Gattungsschuld vor.

Die Gefahr der übergebenen Sachen geht gemäß § 243 Abs. 2 BGB auf den Schuldner zurück, wenn der Gläubiger, falls nichts anderes vereinbart ist, die Sachen bei sich dem Schuldner übergeben hat oder den Schuldner durch wörtliches Angebot der ausgeschiedenen Sachen in Annahmeverzug versetzt hat.

Zu einem Bringen ist er nicht verpflichtet. Eine Versendung geschieht daher auf Gefahr des Schuldners.

Dasselbe muß gelten, wenn Geld den Gegenstand des Pignus irregulare bildet.

Im Handelsrecht kommt ein derartiger Vertrag häufig vor in der Form des Lombardgeschäftes.[1]

§ 20.

Gefahrübergang bei dem uneigentlichen Nießbrauch (Quasiusfructus).

Nach BGB.[2] kann ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher Eigentümer derselben wird, mit der Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauches den Wert der Sachen zur Zeit der Bestellung des Nießbrauches dem Besteller zu ersetzen.

---

1) cfr. über Pignus irregulare: Hanauseck: Der uneigentliche Nießbrauch. Dernburg: Pand. I § 272. Dernburg: Pfandrecht S. 429 ff Windscheid: I § 226 a Nr. 2 Etwas anders: Exner: „Kritik des Pfandrechtsbegriffes" S. 173.

2) BGB. § 1067 Abs. 1.

Das BGB. faßt dieses Rechtsgeschäft als wirklichen Nießbrauch auf, während das Römische Recht es als — quasiususfructus dem eigentlichen usufructus gegenüberstellte.[1]

Da der Nießbraucher den Wert in Geld zu ersetzen hat, so ist seine Verpflichtung eine generische.

Die Gefahr geht gemäß § 243 Abs. 2 BGB. auf den Besteller über, wenn der Nießbraucher dem Besteller den Wert ersetzt hat. Dies hat er getan mit der Übergabe des Geldes an den Besteller.

Eine Versendung erfolgt noch auf Gefahr des Nießbrauchers.

Dieselbe Wirkung hat die Parteiabrede und der Annahmeverzug, der ein reales Angebot voraussetzt.

Nach Römischem Rechte mußte der Nießbraucher prinzipiell in genere restituieren und konnte nicht beliebig an Stelle der zu restituierenden Sachen von gleicher Art und Güte dem Besteller Ersatz in Geld gewähren.[2]

§ 21.

Gefahrübergang bei dem Gattungsvermächtnis.

Ein Gattungsvermächtnis, Legatum generis, liegt dann vor, wenn der Erblasser dem Bedachten eine generisch bezeichnete Sache, vor allem Geld, vermacht hat.

Nach § 2174 BGB. ist die Wirkung des Ver-

---

1) cfr. für das RR. l. 1, l. 2 D. h. t. 7,5, l. 6. l. 7, l. 9, l. 10 D. h. t. 7,5, l. 15 D. h. t. 7,1. Windscheid § 206 Note 3. Dernburg: Pand. I § 249 Note 4. Hanausek: a. a. O. Motive: III S. 533.

2) cfr. die auf S. 109 der Abhandl. Zitierten.

mächtnisses die, daß der Bedachte von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes fordern kann.[1]

Die Verpflichtung des Beschwerten ist mithin stets eine obligatorische und stellt sich bei dem Gattungsvermächtnis als eine Gattungsschuld dar.[2]

Die Gefahr geht auf den Bedachten über, wenn der Beschwerte alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat, d. h. eine Sache der entsprechenden Art ausgeschieden und dem Bedachten übergeben hat.

Da das Vermächtnis lediglich zu Gunsten des Bedachten angeordnet ist, so wird man annehmen müssen, daß eine Holschuld vorliegt. Der Ort der Übergabe ist demnach beim Beschwerten.

Eine Versendung geschieht daher auf Gefahr des Bedachten.

Dasselbe gilt für das Vermächtnis von Geld.

Bei dem generischen Vermächtnis einer unbeweglichen Sache geht die Gefahr über, wenn der Beschwerte dem Bedachten eine derartige Sache zur Verfügung stellt.

Die Gefahr geht ferner über, wenn der Bedachte durch Nichtannahme der ausgeschiedenen und angebotenen Sache in Annahmeverzug versetzt ist.

Da eine Holschuld vorliegt, so reicht gemäß § 295 BGB. ein wörtliches Angebot aus.

Für das Gattungsvermächtnis ergibt sich hinsichtlich der Frage des Gefahrüberganges eine Besonderheit aus § 2155 Abs. 1 BGB.

---

1) Dernburg: Pand. III § 110. Windscheid: III § 655 Vangerow: III § 549.

2) Das BGB. kennt das römische Vindikationslegat, welches direkt Eigentum übertrug, nicht mehr, auch hat es sich nicht an ALR. I 12 § 288 angeschlossen. cfr. Motive: V S. 134 ff.

Während nämlich der Schuldner bei den anderen Gattungsschuldverhältnissen zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte verpflichtet ist,[1] muß er beim Gattungsvermächtnis eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache leisten.

Nur durch Leistung bezw. Angebot einer solchen Sache wird der Gefahrübergang bewirkt.

Das BGB. hat durch diese Bestimmung bewirkt, daß in vielen Fällen, in denen das Vermächtnis wegen Unbestimmtheit des vermachten Gegenstandes nach Römischem Rechte ungiltig war,[2] es nunmehr aufrecht erhalten werden kann.

Nach § 2155 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 2154 BGB. erfolgt, wenn die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen ist, die Konkretisierung und damit der Gefahrübergang durch die Erklärung des Bedachten oder des Dritten gegenüber dem Beschwerten nach den für das Wahlvermächtnis geltenden Bestimmungen, vorausgesetzt, daß die getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten entspricht.[3]

Ein derartiges Recht des Bedachten oder eines Dritten ist, wie wir bereits im I. Teile der Abhandlung betont haben, mit dem Begriffe der Gattungsschuld unvereinbar. Es liegt in diesem Falle keine eigentliche Gattungsschuld vor.[4]

Bei dem Gattungsvermächtnis hat der Beschwerte dieselben Pflichten wie ein Verkäufer nach den Vor-

1) BGB. § 243 Abs. 1—2.

2) cfr. l. 71 pr., D. de leg. I l. 69 § 4 D. de iure dot. 23,3. Vangerow: II § 549.

3) BGB. § 2155 Abs. 3.

4) cfr. S. 58 ff. der Abhandl.

schriften der §§ 433 Abs. 1, 434–437, 440 Abs. 2—4, 441–444.[1]

Der Beschwerte muß daher eine mangelfreie Sache übergeben, und zwar zu Eigentum;[2] hat er dies nicht getan, so ist die Konkretisierung und der Gefahrübergang nicht eingetreten.

Das beschränkt-generische Vermächtnis, bei welchem der Erblasser eine nur der Gattung nach bestimmte, zum Nachlasse gehörige Sache vermacht hat, ist in der Regel als Wahlvermächtnis aufzufassen.[3]

Der I. Entwurf ordnete dies in § 1864 ausdrücklich an.[4]

Die zweite Kommission hat diese Bestimmung gestrichen.[5] Es wird daher, wie im I. Teile bereits hervorgehoben ist, stets auf den wirklichen Willen des Erblassers ankommen. Ergiebt sich, daß er ein Gattungsvermächtnis gewollt hat, so finden die Bestimmungen des § 2155 BGB. Anwendung, andernfalls die des § 2154 BGB. über das Wahlvermächtnis.

1) cfr. § 2182, 2183 BGB.
2) cfr. S. 71 der Abhandl.
3) cfr. S. 17 ff. der Abhandl.
4) Motive II S. 11 V S. 174.
5) Protokolle: V S. 200.